

TRABAJO DE INVESTIGACIÓN
MAESTRÍA EN DERECHO PENAL

LA CONDUCTA PUNIBLE EN EL DERECHO PENAL COLOMBIANO
ANÁLISIS DEL ARTÍCULO 9 DEL C.P.

ESTUDIANTE: SEBASTIÁN FELIPE SÁNCHEZ ZAPATA
ASESOR: PROFESOR DR. JUAN OBERTO SOTOMAYOR ACOSTA

ESCUELA DE DERECHO
ÁREA DE DERECHO PENAL
MEDELLÍN

2012

ABREVIATURAS UTILIZADAS.

ADPCP	: Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales (España)
art.	: Artículo
cfr.	: Confróntese
cit.	: Citado
conc.	: Concordado
coord.	: Coordinado
comp.	: Compilado
C.P.	: Código Penal
Const. Pol.	: Constitución Política
DPC	: Revista Derecho Penal y Criminología.
ed.	: Edición
etc.	: Etcétera
inc.	: Inciso
fasc.	: Fascículo
Ltda.	: Limitada
NFP	: Revista Nuevo Foro Penal
núm.	: Número
p.	: Página (s)
párr.	: Párrafo
ss.	: Siguietes
t.	: Tomo
trad.	: Traductor (es)
v.gr.	: <i>Verbi gratia</i> (latín: por ejemplo)
vol.	: Volumen

TABLA DE CONTENIDO

I. INTRODUCCIÓN.....	3
II. CONSIDERACIONES PRELIMINARES.	6
III. IMPORTANCIA DE LAS NORMAS RECTORAS EN EL CÓDIGO PENAL.	9
IV. EL ESQUEMA DE DELITO EN COLOMBIA. RELACIÓN ENTRE EL PROBLEMA Y LA TEORÍA DEL DELITO.	12
V. PRINCIPALES CAMBIOS DEL CONCEPTO DE “CONDUCTA PUNIBLE”.....	14
VI. SOBRE EL CONTENIDO DEL CONCEPTO DE “CONDUCTA PUNIBLE”.	16
1. CONCEPTO DE CONDUCTA.	16
a) <i>Importancia del papel de la conducta en la estructura del delito.</i>	<i>16</i>
b) <i>Concepto de conducta en el Derecho penal colombiano.</i>	<i>19</i>
2. DESVALOR DE ACCIÓN Y RESULTADO.	25
a) <i>Importancia del juicio negativo de acción y de resultado en la teoría del delito.</i>	<i>25</i>
b) <i>Único o doble juicio de desvalor en la doctrina penal nacional.</i>	<i>30</i>
3. RELACIÓN DE CAUSALIDAD E IMPUTACIÓN.	36
a) <i>Importancia de la causalidad e imputación en la teoría del delito.</i>	<i>36</i>
b) <i>Causalidad e imputación en la doctrina penal colombiana.</i>	<i>37</i>
4. UBICACIÓN SISTEMÁTICA DEL DOLO.	46
a) <i>Importancia sistemática de la ubicación del dolo en la teoría del delito.</i>	<i>46</i>
<i>Excurso. Función de la norma penal</i>	<i>48</i>
b) <i>Ubicación sistemática del dolo en la doctrina penal colombiana.</i>	<i>49</i>
5. TRATAMIENTO JURÍDICO PENAL DEL INIMPUTABLE.....	56
a) <i>Sobre el papel de la inimputabilidad en la teoría del delito.</i>	<i>56</i>
b) <i>Exposición legislativa y doctrinaria al amparo de los Códigos Penales.</i>	<i>57</i>
c) <i>Causales de ausencia de responsabilidad penal.</i>	<i>65</i>
VII. BIBLIOGRAFÍA.	72

La conducta punible en el Derecho penal colombiano: Análisis del artículo 9 del Código Penal.

SEBASTIÁN FELIPE SÁNCHEZ ZAPATA*

Sumario: **I.** Introducción; **II.** Consideraciones preliminares; **III.** Importancia de las normas rectoras en el Código Penal; **IV.** El esquema de delito en Colombia. Relación entre el problema y la teoría del delito; **V.** Principales cambios del concepto de conducta punible; **VI.** Sobre el contenido del concepto de conducta punible; **1.** Concepto de conducta; **2.** Desvalor de acción y resultado; **3.** Relación de causalidad e imputación; **4.** Ubicación sistemática del dolo; **5.** Tratamiento jurídico penal del inimputable; **VII.** Bibliografía.

I. Introducción.

El saber jurídico, como todo lo científico, no es un conocimiento revelado que se acepta por acto de fe. Es una constante exploración de ideas distintas, mejores, más satisfactorias, en todo caso, adecuadas a la realidad. La dogmática jurídico-penal, cual velo jurídico, en ocasiones se presta para el malentendido académico de que las construcciones jurídicas son verdades monolíticas no revisables y forzosamente vinculantes¹. Lo dogmático, como cortina de humo, impide apreciar que las teorías se circunscriben a un espacio y un tiempo y que la científicidad del conocimiento jurídico no representa una “camisa de fuerza” para nuevas interpretaciones. Como ha dicho, con razón, MUÑOZ CONDE, la expresión “dogma” no debe entenderse como la aceptación acrítica de una verdad “absoluta e inmutable”, sino sencillamente como el postulado que sirve de punto de partida, y nada más, a una determinada actividad. La dogmática no implica, por tanto, un “dogmatismo” despreciado como todo lo contrario de una auténtica y verdadera ciencia².

Es usual que quienes incursionan en el estudio del concepto del delito, gestado

* Abogado de la Universidad Eafit, Medellín, Colombia. Artículo resultado de la labor investigativa del autor como miembro del programa Jóvenes Investigadores e Innovadores, “Virginia Gutiérrez de Pineda”, 2012, Colciencias.

¹ JOSÉ EXCELINO SALCEDO SALAZAR, *Enseñanza y grandeza de la abogacía*, Bogotá, Adaz, 1996, p.70.

² FRANCISCO MUÑOZ CONDE, *Introducción al derecho penal*, 2ª edición, Montevideo-Buenos Aires, B de F, 2001, p. 212, (nota al pie 95).

sobre una tradición de siglos y configurado como conducta típica, antijurídica y culpable, empleen el método de la “dogmática” como la forma más “sencilla” para aprehender este fenómeno. Pero, sobre la base de cuestiones del “día a día”, estos operadores jurídicos dejan atrás disertaciones respecto a la interpretación y sistematización de nuestro derecho penal para acoger ideas exclusivamente foráneas y no siempre coincidentes con nuestro derecho positivo. Contagiados de una necesidad compulsiva, citan manuales y textos contraponiendo la solución de los problemas a la doctrina y derecho positivo extranjero. Bajo estas consideraciones, el presente estudio tiene el propósito de exponer los puntos más destacados del concepto de conducta punible a partir de las interpretaciones de la doctrina penal colombiana. Su ideal consiste en mostrar que el art. 9 del C.P. no es una disposición que se afince en los esfuerzos de estirpe germana, del pensamiento de escuelas, del tecnicismo italiano o del iluminismo; aunque estos pensamientos, sin duda, sirvieron para la edificación y consagración del concepto, su recepción en Colombia ha producido escenarios de cambio (transformación o trasmutación³) de las ideas, en donde la lectura del delito se hace de conformidad con los problemas sociopolíticos y económicos del país.

Aunque el derecho penal colombiano según GAITÁN MAHECHA “no se haya preocupado por construir una verdadera historia”⁴, son profundas y constantes las reflexiones que intentan consolidar y unificar un sistema teórico del delito rígido, lógico, seguro y calculable⁵ en nuestro contexto. Con esto no se quiere aducir que el derecho penal colombiano pretenda ser un derecho único, original; al contrario, de lo que se trata es de mencionar que sea cuál sea el método o la concepción dogmática de la que se parta, el

³ Cfr. DIEGO MANUEL LÓPEZ MEDINA, *Teoría impura del Derecho*, Bogotá, Legis, 2004, pp. 22 y ss.; DANIEL BONILLA MALDONADO, *Teoría del derecho y trasplantes jurídicos*, Bogotá, Siglo del Hombre, 2009, pp. 22 y ss.

⁴ Sostiene GAITÁN MAHECHA que “siempre se ha dicho que en Colombia, en todos los tiempos, hemos estado importando leyes y doctrinas de otros países. Pero ello ha sido inevitable...muchos quisieran que se generara un derecho con características adecuadas a nuestros problemas, pero eso no pasa de ser una quimera”. Véase BERNARDO GAITÁN MAHECHA, “Alfonso Reyes Echandía y el derecho penal colombiano en el siglo veinte”, en *Dogmática y Criminología*, dos visiones complementarias del fenómeno delictivo, Bogotá, Legis, 2005, pp. 227-235.

⁵ Se refiere a estas características JESÚS MARÍA SILVA SÁNCHEZ, *Aproximación al Derecho penal contemporáneo*, Barcelona, Bosch, 1992, p. 43; reiteran estas circunstancias ROBLES PLANAS / SÁNCHEZ-OSTIZ GUTIÉRREZ, “La aproximación al Derecho penal contemporáneo: veinte años después: los fines del derecho penal”, en *La crisis del Derecho penal contemporáneo*, ROBLES PLANAS / SÁNCHEZ-OSTIZ GUTIÉRREZ (coord.), Barcelona, Atelier, 2010, p. 27.

concepto de conducta punible, además de posibilitar un mayor grado de seguridad jurídica⁶, ha obedecido a una muestra de dinamismo e innovación jurídica “a la colombiana”. La implementación de un método dogmático desconectado de la realidad social en que surge y se aplica es una recepción acrítica de teorías jurídicas que conduce, generalmente, a soluciones inconvenientes⁷. Así, dado que la construcción del concepto de conducta punible no debe ser una verdad monolíticamente aceptada, las variantes y nuevas interpretaciones sobre los puntos más trascendentales del art. 9, así como el conato de encuadrar sus categorías a la realidad colombiana, desde luego, afianzan diversas soluciones a los problemas de orden económico, político y social del país, conforme a la concepción de un Derecho penal ajustado a la Const. Pol., los Derechos Humanos, los tratados internacionales y el *ius cogens*⁸; y, aunque sea necesario decantarse por una teoría del delito para la resolución de cualquier caso⁹, un paso de inicial concreción es reconocer que el art. 9 no se encasilla o “matricula”¹⁰ a determinada escuela o pensamiento dogmático¹¹ y que debe ajustarse lógica y político-criminalmente a los contornos sociopolíticos y económicos en que el mismo se asienta¹².

⁶ La dogmática jurídico-penal, en términos de GIMBERNAT, hace posible, al señalar límites y definir conceptos, una aplicación segura y calculable del Derecho penal, sustrae la irracionalidad, arbitrariedad y la improvisación. Cuanto menos desarrollada esté una dogmática, más imprevisible será la decisión de los tribunales, más dependerán del azar y de factores incontrolables la condena o la absolución. Cfr. ENRIQUE GIMBERNAT ORDEIG, “¿Tiene un futuro la dogmática jurídico-penal?”, en *Estudios de Derecho penal*, 3ª edición, Madrid, Tecnos, 1990, pp. 158.

⁷ Sobre este punto ha insistido: SOTOMAYOR ACOSTA, “Garantismo y Derecho penal en Colombia”, en *Jueces para la Democracia*, núm. 35, Madrid, 1999, p. 92; también DIANA PATRICIA ARIAS HOLGUÍN / SOTOMAYOR ACOSTA, “Consideraciones críticas sobre la recepción en Colombia de la teoría de los delitos de infracción del deber”, en *Derecho Penal Contemporáneo*, núm. 15, Bogotá, 2006, pp. 133 y ss.; en el extranjero se refiere al tema JUAN TERRADILLOS BASOCO, “El Derecho penal de la globalización: luces y sombras”, en CAPELLA HERNÁNDEZ, J.R. (coord.), *Transformaciones del Derecho en la mundialización*, ed. CGPJ, Madrid, 1999, pp. 183 a 217.

⁸ JUAN FERNÁNDEZ CARRASQUILLA, *Derecho Penal*, Parte General, Bogotá, Ibáñez, 2011, p. 121.

⁹ Cfr. ENRIQUE BACIGALUPO, *Técnica de resolución de casos penales*, 2ª edición, Buenos Aires, Hammurabi, 2002, pp. 101-105.

¹⁰ JUAN FERNÁNDEZ CARRASQUILLA, *Derecho penal fundamental 1*, 3ª edición, reimpresión, Bogotá, Ibáñez, 2007, p. 404.

¹¹ Cfr. PROYECTO DE LEY POR LA CUAL SE EXPIDE EL CÓDIGO PENAL, Fiscalía General de la Nación, Imprenta Nacional de Colombia, 1998, p.20.

¹² JESÚS ORLANDO GÓMEZ LÓPEZ, *Teoría del delito*, Bogotá, Doctrina y Ley, 2003, p.67.

II. Consideraciones preliminares.

El art. 9 del C.P. es una norma rectora de clara naturaleza interpretativa del sistema, circunscrita al conjunto de valores y principios de la Constitución y la ley. Como norma rectora del sistema, merece especial y refinada atención dado que son innumerables las temáticas que comprende. Por este motivo, es necesario detallar las temáticas sobre las que versará el análisis y definir la importancia de éstas frente al concepto del delito en general (ver *infra* IV). Con lugar a lo primero, en el estudio de la norma se tendrá en cuenta primordialmente: el concepto de acción, la relación de causalidad e imputación, el desvalor de acción y resultado, la ubicación sistemática del dolo y el tratamiento jurídico penal del inimputable¹³. En tratándose de estos tópicos o contenidos del esquema del delito (en todo caso, refinados lógicamente y materialmente a la luz de las disposiciones que informan el sistema penal), se establecerán los lineamientos generales de la doctrina colombiana más representativa y se intentará dilucidar las interpretaciones o “lecturas enriquecidas” que han dado paso a la creación de teorías jurídicas acomodadas a las necesidades políticas, sociales y económicas del país; no se trata de hablar de mera copia o pura originalidad, ni de plasmar un nuevo esquema de delito; de lo que se trata es de recrear el mundo intelectual hecho “a la colombiana” y de reafirmar que este tipo de estudios son más que necesarios para el medio, dado que los modelos dogmáticos de la teoría del delito (y muchas otras normas, Códigos, etc.)¹⁴, son exportados con pretensiones de validez universal (casi siempre a América Latina¹⁵) como una “verdad absoluta e inmutable”, siendo asumidos casi

¹³ En los inimputables no es preciso hablar de conducta “punible”. Punible viene de “pena” y los inimputables, en el Derecho penal colombiano, están sujetos a medidas de seguridad.

¹⁴ En América Latina ha sido el profesor ZAFFARONI quien ha insistido en la importación de modelos europeos a nuestro continente: “Cada uno de estos modelos responde originariamente a cierto modelo de poder político y a un contexto económico, social y cultural del que, por regla general, se hizo caso omiso al transportarlo”. Véase EUGENIO RAÚL ZAFFARONI, “Política y dogmática jurídico penal”, en *Revista de Derecho Penal*, N° 13, Montevideo, Fundación de Cultura Universitaria, Diciembre, 2002, p. 305; también se han preocupado por el tema: JOSÉ HURTADO POZO, *La ley importada*, Lima, Cedys, 1979, p. 5 y ss.; FERNANDO VELÁSQUEZ V., “El Derecho penal colombiano y la ley importada”, en *Nuevo Foro Penal*, núm. 38, octubre-diciembre, Bogotá, Temis, 1987, pp. 427-438; JUAN BUSTOS RAMÍREZ, “La estructura jurídica y Estado en América Latina” en RUSCHE / KIRCHHEIMER, *Pena y Estructura Social*, trad. Emilio García Méndez, Bogotá, Temis, 1984, p. XLVIII.

¹⁵ Cfr. JUAN BUSTOS RAMÍREZ Y MANUEL VALENZUELA BEJAS, *Derecho Penal Latinoamericano comparado*, t. I, Parte General, Buenos Aires, Depalma, 1981, p. 125; también,

por toda la comunidad científica¹⁶. Por consiguiente, el devenir histórico del derecho en Colombia y más, del derecho penal, debe aspirar a serias y renovadas reflexiones que permitan su modificación y perfeccionamiento; la consagración positiva del concepto de conducta punible no debe implicar, exclusivamente, “imbricar” la codificación penal Europea como pura y simple recepción; todo lo contrario, el acoplamiento del método dogmático en nuestros estatutos penales permite, por un lado, adoptar una serie de valores y presupuestos previos señalados en la ley penal y en la Constitución como derroteros insoslayables para edificar el sistema punitivo (es decir, acomodar el concepto de conducta punible a las reglas de orden lógico y procedimental que exige la Const. Pol., los tratados internacionales y la Ley) y, por otro lado, ir moldeando un derecho penal de corte garantista (como el propuesto por FERRAJOLI¹⁷), opción que se considera la más adecuada para la realización de los fines que está llamado a cumplir el derecho penal, en nuestro país. A este ideal han contribuido los esfuerzos de REYES ECHANDÍA¹⁸, PÉREZ¹⁹, ROMERO SOTO²⁰, PÉREZ

EUGENIO RAÚL ZAFFARONI Y MANUEL DE RIVACOBAY RIVACOBAY, *Siglo y medio de Codificación penal en Iberoamérica*, Valparaíso, 1980, pp. 79 y ss.; en igual sentido, JORGE DE LA RÚA, *La codificación penal Latinoamericana*, Caracas, Universidad Central de Venezuela, 1982, pp. 73 y ss.

¹⁶ “En el específico campo de lo jurídico y más concretamente en el del derecho penal, la dependencia es algo que prácticamente nadie discute, dado que nuestra tradición jurídico penal ha sido acreedora del pensamiento de inspiración continental-europea desde siempre, primero por la herencia hispánica y luego por la marcada influencia del pensamiento de escuelas desarrollado en Italia, hasta culminar en el pensamiento dogmático de estirpe germana, que es hoy absolutamente dominante no sólo en la ciencia sino también en la legislación y la praxis judicial, todo lo cual hace pensar, a primera vista, que cualquier pretensión de originalidad sería poco menos que una ingenuidad y que a lo sumo se puede aspirar a calcar de manera más o menos exacta los modelos desarrollados en los centros de producción de ese conocimiento”. MANUEL SALVADOR GROSSO GARCÍA, “¿Originalidad o dependencia en el pensamiento jurídico-penal colombiano?, A propósito de la obra de Alfonso Reyes Echandía, en *Dogmática y Criminología*, dos visiones complementarias del fenómeno delictivo, Bogotá, Legis, 2005, p. 263.

¹⁷ Cfr. LUIGI FERRAJOLI, *Derecho y razón (teoría del garantismo penal)*, Madrid, Trotta, 1995, pp. 905-990.

¹⁸ ALFONSO REYES ECHANDÍA, *Derecho Penal colombiano*, Parte General, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 1964, pp. 114 y ss.; *Derecho Penal*, Parte General, 2ª edición, Bogotá, Universidad Externado, 1972, pp. 91 y ss.; *La tipicidad penal*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 1967, pp. 7 y ss.; *La antijuridicidad penal*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 1974, pp. 7-60; *Derecho penal*, Parte General, 5ª edición, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 1977, pp. 95 y ss.; *Derecho Penal*, Parte General, 7ª edición, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 1980, pp. 49 y ss.; *La Culpabilidad*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 1982, pp. 17-49; *La imputabilidad*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 1984, pp. 107 y ss.; *Derecho Penal*, Parte General, 11ª edición Bogotá, Temis, 1990, pp. 93 y ss.

¹⁹ LUIS CARLOS PÉREZ, *Derecho Penal colombiano*, Parte General, vol. IV, Bogotá, Temis, 1959, pp. 231 y ss.; *Manual de Derecho Penal*, Partes General y Especial, Bogotá, Temis, 1962, pp.

PINZÓN ²¹ , RUIZ ²² , ESTRADA VÉLEZ ²³ , AGUDELO BETANCUR ²⁴ , FERNÁNDEZ CARRASQUILLA ²⁵ , VELÁSQUEZ V. ²⁶ , GÓMEZ PAVAJEAU ²⁷ , GÓMEZ LÓPEZ ²⁸ , SOTOMAYOR

65 y ss.; *Tratado de Derecho Penal*, t. I, Bogotá, Temis, 1967, pp. 509 y ss.; *Tratado de Derecho Penal*, t. II, Bogotá, Temis, 1967, pp. 85 y ss.

²⁰ LUIS ENRIQUE ROMERO SOTO, *Derecho Penal*, Parte General, vol. I, Bogotá, Temis, 1969, pp. 231 y ss.; *Derecho Penal*, Parte General, vol. II, Bogotá, Temis, 1969, pp. 1-58.

²¹ ÁLVARO ORLANDO PÉREZ PINZÓN, *Introducción al Derecho Penal*, Bogotá, Forum Pacis, 1992, pp. 251 y ss.

²² SERVIO TULIO RUIZ, *La estructura del delito en el Derecho Penal colombiano*, Bogotá, Temis, 1969, pp. 15 y ss.; *Teoría del Hecho Punible*, comentarios al Nuevo Código Penal, 2ª edición, Bogotá, Librería del profesional, 1980, pp. 3 y ss.; *La concepción del delito en el Código Penal*, Bogotá, Temis, 1983, pp. 15 y ss.

²³ FEDERICO ESTRADA VÉLEZ, *Derecho Penal*, Parte General, Bogotá, Librería del profesional, 1981, pp. 77 y ss.; *Manual de Derecho Penal*, 1ª edición, Medellín, Pequeño Foro, 1972, pp. 67 y ss.

²⁴ NODIER AGUDELO BETANCUR, *Curso de Derecho Penal*, Esquemas del delito, 4ª edición, primera reimpresión, Medellín, Nuevo Foro, 2011; *Los “inimputables” frente a las causales de justificación e inculpabilidad*, 4ª edición, Bogotá, Temis, 2007; *Defensa Putativa en el nuevo Código Penal*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2004, pp. 19-62; *La inimputabilidad penal*, 3ª edición, Bogotá, Nuevo Foro Penal, 1996, pp. 111 y ss.

²⁵ JUAN FERNÁNDEZ CARRASQUILLA, “Nuevo esquema del delito en el proyecto de Código Penal”, en *Nuevo Foro Penal*, núm. 2, enero-marzo, Medellín, 1979, pp. 7-26; *Derecho Penal Fundamental*, 1ª edición, Introducción. Teoría del delito, Bogotá, Temis, 1982, pp. 143 y ss.; “Sobre el subjetivismo en el último derecho penal alemán”, en *Nuevo Foro Penal*, núm. 15, julio-septiembre, Bogotá, 1982, pp. 795-804; *Derecho Penal Fundamental*, 2ª edición, vol. II, Teoría general del delito y punibilidad, Bogotá, Temis, 1990; *Derecho Penal Fundamental*, introducción al derecho penal. Evolución de la teoría del derecho, vol. I, Bogotá, Temis, 1998, pp. 326 y ss.; *Principios y normas rectoras del derecho penal*, 2ª ed., Bogotá, Leyer, 1999; *Derecho penal liberal de hoy*, Introducción a la dogmática axiológica jurídico penal, Bogotá, Ibáñez, 2002, pp. 109 y ss.; *Derecho penal fundamental I*, 3ª ed., Bogotá, Ibáñez, 2004; *Derecho Penal*, Parte General, cit. 2011.

²⁶ FERNANDO VELÁSQUEZ V., “La teoría de la conducta punible en el nuevo Código Penal”, en *Nuevo Foro Penal*, núm. 63, Bogotá, 2000, pp. 15 y ss.; *Derecho Penal*, Parte General, 4ª edición, Bogotá, Comlibros, 2009; *Manual de Derecho Penal*, Parte General, 3ª edición, Medellín, Comlibros, 2007.

²⁷ CARLOS ARTURO GÓMEZ PAVAJEAU, *Derechos fundamentales y dogmática penal*, Bogotá, Ibáñez, 2000, pp. 75-104; *Estudios de dogmática en el nuevo Código Penal*, Bogotá, Ibáñez, 2002, pp. 24-209; “Dogmática penal y teoría del injusto en el nuevo Código Penal” en *Colección de pensamiento jurídico*, núm. 1, Bogotá, Procuraduría General de la Nación, 2002, pp. 11-89; “Algunas consideraciones sobre el nuevo Código Penal”, en *Comentarios a los Códigos penal y de Procedimiento Penal*, Claudia López Díaz (comp.), Bogotá, Universidad Externado de Colombia, pp. 43-79; GÓMEZ PAVAJEAU / BARBOSA CASTILLO, *Bien jurídico y derechos fundamentales*, Sobre un concepto de bien jurídico para Colombia, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 1996, pp. 53 y ss.

²⁸ JESÚS ORLANDO GÓMEZ LÓPEZ, *Aproximaciones a un concepto democrático y humano de culpabilidad*, Bogotá, Doctrina y Ley Ltda., 2000; *Tratado de Derecho Penal*, Parte General, Tomo II, Bogotá, Doctrina y Ley, 2001; *Teoría del delito*, cit. 2003.

ACOSTA²⁹, CADAVID QUINTERO³⁰, ÁLVAREZ³¹, entre muchos más; también se han sumado revistas especializadas como *Nuevo Foro Penal* (NFP) y *Derecho Penal y Criminología* (DPC), en las que se perfilan nuevos y comprometidos penalistas.

III. Importancia de las normas rectoras en el Código Penal.

El artículo 9 del Estatuto penal está ubicado en el Libro I, Título I, de la parte general, como norma rectora de la ley penal colombiana. El legislador, con la seria intención de construir un sistema coherente e integrante de los postulados filosóficos y propósitos políticos del Estado democrático de Derecho, plasmó el concepto de conducta punible como “conducta típica, antijurídica y culpable” y sostuvo, conforme al art. 13, que tal disposición constituye la esencia y orientación del sistema penal, prevalece sobre las demás e informa su interpretación.

El art. 9, ubicado axiológicamente en la cima del sistema penal, dota a los operadores del sistema de especial claridad y orden conceptual. No es una norma meramente declarativa ni un enunciado retórico, sino que constituye un punto de partida inexorable para la atribución de responsabilidad penal. Sin duda, al vincularse con los principios constitucionales y tratados internacionales, obra con un perfil claramente restrictivo al ejercicio del *ius puniendi*, al tiempo que es una disposición que refuerza las garantías penales. Las normas rectoras del derecho penal colombiano³² reiteran una

²⁹ JUAN OBERTO SOTOMAYOR ACOSTA, “Crítica a la peligrosidad como fundamento y medida de la reacción penal frente al inimputable” en *Nuevo Foro Penal*, núm. 48, abril-junio, Bogotá, Temis, 1990, pp. 199-213; *Inimputabilidad y Sistema Penal*, Bogotá, Temis, 1996; “Garantismo y Derecho penal en Colombia”, en *Garantismo y Derecho penal*, Bogotá, Temis, 2006, pp. 104-121; “¿Derecho Penal garantista en retirada?” en *Revista Penal*, núm. 21, enero, 2008, pp. 148-164.

³⁰ ALFONSO CADAVID QUINTERO, *Introducción a la teoría del delito*, Medellín, Diké, 1998.

³¹ JUAN CARLOS ÁLVAREZ Á., “Las vicisitudes del principio de legalidad a propósito de la persecución penal de crímenes contra la humanidad”, en *Estudios de Derecho Penal*, Libro homenaje a Juan Fernández Carrasquilla, DIEGO ARAQUE (coord.), Medellín, Universidad de Medellín, 2012, pp. 59-81.

³² Se han dedicado a la interpretación de “las normas rectoras del derecho penal colombiano” entre otros, JUAN FERNÁNDEZ CARRASQUILLA, “El nuevo Código Penal y sus principios rectores”, en *Nuevo Foro Penal*, núm. 7, Medellín, 1980, pp. 115-129; del mismo, “Principios y normas rectoras. Conceptos generales”, en *Derecho Penal y Criminología*, vol. XIII, núm. 45, septiembre-diciembre, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 1991, pp. 13-37; JULIO SALGADO VÁSQUEZ, “Normas rectoras de la ley penal colombiana”, en *Nuevo Foro Penal*, núm. 13, Bogotá, Temis, 1982, pp. 504-517; FERNANDO VELÁSQUEZ V., “Consideraciones sobre

estabilidad constitucional e internacional al fundamentar una positivización de importantes principios: así, v.gr. con la exigencia de una “conducta” o de una “conducta típica” se reiteran los principios del acto y de legalidad (conforme al cual “nadie podrá ser juzgado sino conforme leyes preexistentes al acto que se le imputa”- art. 29 Const. Pol.); con la antijuridicidad, se insiste en los principios de necesidad, de intervención mínima (carácter fragmentario y subsidiario o de última *ratio* del derecho penal), de proporcionalidad y de lesividad (art. 11 del C.P.); con la culpabilidad, se reproducen los principios de inocencia, de personalidad, de responsabilidad por el hecho y de responsabilidad subjetiva, entre otros; en fin, todas las exigencias del delito (tipicidad, antijuridicidad, culpabilidad) están consagradas de modo que sea posible su compatibilidad e integridad (armonización) con los principios de carácter general depositados en la Constitución y los Derechos Humanos internacionales. De este modo, la posición prevalente del art. 9 es consecuencia de una multiplicidad de disposiciones de índole superior que establecen principios limitadores del poder punitivo. Estas disposiciones de carácter superior y vinculante, señaladas en la Carta Magna³³, revalidan la supremacía de las normas rectoras y edifican unos contornos precisos para su imperativo cumplimiento.

Ahora bien, el carácter obligatorio o vinculante de estas normas no depende de la adhesión del legislador, del juez o del intérprete a determinadas orientaciones lógico-sistemáticas o ideológicas, sino que depende de la juridicidad misma que las consagra o positiviza como parte primordial del ordenamiento jurídico-penal. Así, estos preceptos fijan derroteros valorativos de las restantes normas penales, excluyendo de su ámbito de aplicación cualquier contenido normativo que se les oponga e impidiendo que se apliquen con quebrantamiento de los principios constitucionales³⁴. Luego, las normas rectoras constituyen el derecho penal fundamental en Colombia porque son el reflejo de la

los principios rectores de la ley penal colombiana”, en *Nuevo Foro Penal*, núm. 21, Bogotá, Temis, 1987 pp. 609-635; CARLOS MARIO MOLINA ARRUBLA, *Principios rectores de la ley penal colombiana*, 2ª edición, Medellín, Diké, 1997; MESA MORALES / GONZÁLEZ ZAPATA, “De las normas rectoras de la ley penal”, en *Temas de Derecho Penal colombiano*, 2ª época, núm. 13, Bogotá, 1981, pp. 5-20.

³³ Arts. 1, 2, 4, 5, 11, 12, 13, 14, 16, 17, 18, 28, 29, 34 de la Const. Pol., y su extensión por intermedio del art. 93 que consagra, en el orden interno, los tratados y convenios internacionales que reconocen derechos humanos como la Declaración Universal de los Derechos Humanos de 1948, la Declaración de los Derechos del Hombre de 1789, el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos.

³⁴ JUAN FERNÁNDEZ CARRASQUILLA, *Derecho Penal*, cit. 2011, pp. 121-124 y 130.

concepción ideológica y política que determinan la razón de ser y el funcionamiento del sistema penal, toda vez que su validez deviene de principios superiores de carácter prioritario y en esa medida, no son ajenas a los postulados fundamentales de la Constitución, los tratados y Pactos Internacionales; ostentan un sentido inicial de concreción y desarrollo de superiores normas de garantía formal y material que emanan de la constitución, los convenios internacionales sobre derechos humanos, las declaraciones de Derechos universales del hombre, la ética racional o crítica de la persona y en última instancia la noción internacional positiva del *ius cogens*³⁵. Son verdaderas normas de garantía y no deben utilizarse como herramienta para agravar los derechos fundamentales de los ciudadanos puesto que no garantizarían nada si cualquier otra norma pudiera vulnerar o restringir los marcos hermenéuticos que ellas fijan o los derechos que amparan; en este sentido, poseen una función de límite formal y material al ejercicio de la actividad punitiva del Estado: *formal*, porque su consagración demarca expresamente los contornos por los cuales deben establecerse los delitos y, *material* porque nutre las bases del sistema penal al circunscribirse a los postulados de índole superior. En definitiva, son normas que marcan el camino, la ruta a seguir, inspiran el ordenamiento jurídico penal, lo gobiernan y por tanto, plasman los principios constituyentes del derecho a castigar³⁶. Específicamente, la norma rectora del art. 9 se muestra como fundamento indivisible y punto de contacto permanente entre el derecho penal positivo y la política criminal humanista en orden a que demarca los límites de actuación del Estado en el ejercicio de su poder punitivo y por este hecho, se infiere la posibilidad de detectar la orientación ideológica y funcional del sistema penal y de controlar el alcance, racionalidad y legitimidad de las normas restantes del sistema. El concepto de conducta punible descubre, capta y comprende el sentido de las demás normas penales, prevaleciendo en casos de conflicto y constituyendo una garantía de carácter imperativo, prioritario y principal, que canaliza la actividad interpretativa del operador jurídico³⁷.

³⁵ *Ibíd.*, cit. p. 121.

³⁶ GLORIA BERNAL ACEVEDO, *Las normas rectoras en el nuevo Código Penal colombiano*, Bogotá, Ibáñez, 2002, p. 69.

³⁷ JUAN FERNÁNDEZ CARRASQUILLA, *Derecho Penal*, cit. 2011, p. 132.

IV. El esquema de delito en Colombia. Relación entre el problema y la teoría del delito.

El art. 9 del C.P. que se comenta consagra el denominado concepto dogmático de delito, esto es, un concepto jurídico de delito elaborado a partir del método dogmático³⁸. Dicha norma existía ya en el C.P. de 1980 y aunque en realidad no parece tener un contenido normativo preciso e inclusive podría considerarse innecesaria, se trata de una elaboración doctrinal cuya validez no depende de la existencia de una norma que así lo diga. Su introducción en el C.P. de 1980 a lo mejor estuvo justificada en el hecho de que dicho enfoque de la teoría jurídica del delito supuso un cambio en relación con la legislación anterior (C.P. de 1936) influenciada por las concepciones del positivismo criminológico italiano. La norma rectora del art. 9 quizás dice poco, pero dice algo importante, esto es, que ninguna conducta podrá considerarse punible si no tiene las características de tipicidad, antijuridicidad y culpabilidad. Con ello se impone al juez una exigencia argumentativa adicional, pues además de la valoración de los hechos deberá realizar su valoración jurídica a partir de dicho modelo dogmático, lo cual debería redundar en un mayor control de la discrecionalidad judicial y una mayor garantía del derecho de defensa y de contradicción, pues es al Estado a quien le corresponde establecer que la conducta satisface todas las exigencias legales para ser considerada delito. Luego, desde este punto de vista se trata sin duda de una norma *rectora*, esto es, de una norma que debe orientar la interpretación de las demás normas penales y su aplicación a los casos concretos.

A lo mejor podría discutirse si dicha norma rectora obliga a asumir una concepción tripartita del delito y no una bipartita, por ejemplo; de igual modo, también podría discutirse si es necesario o no introducir la “Punibilidad” como una cuarta categoría (adicional a la tipicidad, antijuridicidad y culpabilidad), como propone algún sector de la doctrina³⁹. Respecto de lo primero no se aprecia ningún obstáculo, pues dicha norma no impone considerar la tipicidad y antijuridicidad como juicios separados, por lo que sería perfectamente posible asumir una posición bipartita del delito como conducta típicamente

³⁸ Cfr. VELÁSQUEZ, *Derecho penal, parte general*, cit., p. 464.

³⁹ Así, JOSÉ LUIS DÍEZ RIPOLLÉS, *Derecho penal español*, Parte General, 3ª edición, Valencia, Tirant lo Blanch, 2011, p. 105.

antijurídica y culpable⁴⁰. Nada impediría tampoco considerar la “Punibilidad” como una cuarta categoría en la cual ubicar algunos supuestos de renuncia legal a la pena por razones derivadas del su innecesariedad en término utilitarios o de proporcionalidad. En este sentido, el art. 9 del C.P. da cuenta sólo de la estructura dogmática del delito como conducta típica, antijurídica y culpable, pero en sí mismo no dice nada respecto del contenido de dicha estructura, lo cual se encuentra vinculado más bien a ciertas opciones metodológicas, filosóficas y político criminales, que ha dado lugar a distintas concepciones del delito, entre las que destacan los denominados conceptos clásico, neoclásico, finalista y funcionalista.

En relación con la doctrina penal colombiana resulta difícil, sin embargo, una clasificación de la misma en atención a su adhesión a una de estas concepciones del delito; por una parte, porque en realidad la recepción del modelo dogmático de delito de influencia alemana se dio en nuestro país no a la par de su discusión y evolución en Alemania sino más bien al final de la discusión sistemática entre causalismo y finalismo; y, en segundo término, porque como se indicó antes, la recepción de estos modelos en realidades tan diferentes como la colombiana supone en alguna medida su transformación o transmutación⁴¹. Por tal motivo parece preferible mostrar más bien la postura de la doctrina colombiana sobre algunos de los temas centrales que en buena medida han marcado la evolución de la teoría del delito en general; de ahí que se haya optado por seleccionar como puntos principales a tener en cuenta en relación con el concepto de delito los siguientes: a) el concepto de acción; b) el contenido material del injusto como desvalor de acción y/o de resultado; c) la relación entre causalidad e imputación como criterios a tener en cuenta en el juicio de tipicidad; d) la ubicación sistemática del dolo y la culpa; y e) el tratamiento jurídico penal del inimputable.

El concepto de acción y la ubicación sistemática del dolo y la culpa fueron, quizás, los temas centrales de la discusión del concepto de delito entre causalismo y finalismo, concentrando la atención de la ciencia penal durante varios años; el concepto material de injusto como desvalor de acción y/o de resultado si bien se remonta a la discusión sistemática, ha trascendido dicho debate y perdura hasta nuestros días, siendo hoy por hoy

⁴⁰ Por ejemplo, en este sentido, JUAN FERNÁNDEZ CARRASQUILLA, *Derecho Penal*, cit. 2007, p. 212.

⁴¹ DIEGO MANUEL LÓPEZ MEDINA, *Teoría impura del Derecho*, cit., pp. 22 y ss.

uno de los temas más relevantes de la definición dogmática de delito, sobre todo en atención al papel que desempeña el bien jurídico; la discusión sobre la diferenciación entre causalidad e imputación, sin embargo, tiene más bien un signo postfinalista, sobre todo a partir de los aportes de ROXIN y JAKOBS⁴² y refleja las diferencias entre perspectivas ontologicistas y normativistas de la teoría del delito; finalmente, se incluye también el debate sobre el tratamiento jurídico penal del inimputable, no sólo por la referencia que a dicho asunto se hace en el artículo 9 del C.P., sino porque se trata de un tema que ha estado presente y que en alguna medida ha jalonado una buena parte del desarrollo reciente de nuestra doctrina penal y en el que se aprecian importantes y originales aportes y no la simple repetición de elaboraciones de la doctrina extranjera⁴³.

V. Principales cambios del concepto de “conducta punible”.

Respecto al Código Penal anterior, son tres los principales cambios que contempla la disposición del C.P. del 2000. El primero obedece al cambio de la expresión “hecho punible” por el de conducta punible⁴⁴. Dicha modificación se realizó con el fin de reafirmar la postura de un derecho penal de acto⁴⁵ en franca oposición al derecho penal de autor. Este

⁴² Cfr. CLAUS ROXIN, *Derecho Penal*, Parte General, t. I, Madrid, Civitas, 1997; y GÜNTHER JAKOBS, *Derecho penal, parte general*, Madrid, Marcial Pons, 1995, pp. 222 y ss. Sobre la concepción de la imputación objetiva de estos dos autores, en la doctrina colombiana, CLAUDIA LÓPEZ DÍAZ, *Introducción a la imputación objetiva*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, pp. 196.

⁴³ Una exposición detallada de dicho debate doctrinal y de su impacto en la jurisprudencia puede consultarse en JUAN OBERTO SOTOMAYOR ACOSTA, *Inimputabilidad y Sistema Penal*, cit. p. 230 y ss.

⁴⁴ La primera novedad en comparación con el C.P. de 1980 fue la preferencia por la denominación “conducta punible” a la de hecho punible pues con ello se “respetaban los postulados de un derecho penal de acto” Cfr. PROYECTO DE LEY POR LA CUAL SE EXPIDE EL CÓDIGO PENAL, Fiscalía General de la Nación, cit. p. 20.

⁴⁵ En el ordenamiento penal colombiano se exige el principio del acto toda vez que establece que no hay delito sin conducta. Al respecto, el artículo 29 de la Constitución, en armonía con el postulado de la dignidad humana, consagra el principio de que no hay delito sin conducta, al establecer que “nadie podrá ser juzgado sino conforme a las leyes preexistentes al acto que se le imputa”. En este sentido, se optó por un derecho penal del acto, en oposición a un derecho penal de autor, de lo cual se infiere que sólo se permite castigar al hombre por lo que hace, por su conducta social, y no por lo que es, ni por lo que desea, piensa o siente. Cfr. Corte Constitucional, Sentencia C-239 del (20) de mayo de 1997, M.P. Carlos Gaviria Díaz; Corte Constitucional, Sentencia C-425 del (4) de septiembre de 1997, M.P. Fabio Morón Díaz; Corte Constitucional, Sentencia C-179 del (14) de marzo de 2007, M.P. Clara Inés Vargas Hernández.

cambio, sustentado al amparo del art. 29 (inc. segundo) de la Const. Pol., consagró un alejamiento de posturas eminentemente peligrosistas no acordes con el modelo de Estado social y democrático de Derecho y se justificó porque con la voz “hecho”, en ocasiones, se hace referencia a un fenómeno natural como el nacimiento, la muerte, un terremoto, entre otros; además, dado que en la legislación penal y la jurisprudencia, la palabra “hecho” se toma como expresión material de la conducta humana, se prefirió cambiar la expresión por “conducta”, para aclarar que se trata de un acto de un hombre⁴⁶. En este orden de ideas, el C.P. del 2000 quiso respetar los postulados básicos de la Const. Pol., los tratados y convenios internacionales y las normas legales.

El segundo cambio del Estatuto implicó una modificación no sólo desde el punto de vista terminológico sino normativo: a la expresión “conducta típica, antijurídica y culpable” se añade ahora: “La causalidad por sí sola no basta para la imputación jurídica del resultado”. En torno a este tópico, la referencia a la imputación jurídica no significó el abandono de la causalidad (antes definida en el art. 21 del C.P. de 1980) sino su “superación”, introduciendo de este modo criterios de imputación normativa exigidos por la moderna dogmática⁴⁷; sin embargo, esta preferencia por la imputación jurídica no significó la exclusión de las múltiples teorías de la causalidad: ¿Es necesario la comprobación de una exigencia naturalística (o sea la causalidad) y un vínculo de naturaleza normativa a efectos de atribuir un resultado a una persona como producto suyo? o ¿En razón a la inmensidad de teorías de la causalidad y las dificultades que ha presentado para explicar ciertos fenómenos, se ofrece un trasfondo que conduce a la teoría de la imputación objetiva?⁴⁸.

La tercera novedad del Estatuto fue la introducción del segundo párrafo del artículo: “Para que la conducta del inimputable sea punible se requiere que sea típica, antijurídica y se constate la inexistencia de causas de ausencia de responsabilidad”. El propósito de tal consagración fue el de evitar que a los inimputables se les hiciera responder aún frente a circunstancias que eliminaran su responsabilidad penal. El inimputable puede, entonces, comportarse típica y antijurídicamente (estructura unitaria hasta el injusto para imputables e

⁴⁶ JAIRO LÓPEZ MORALES, *Nuevo Código Penal*, t. I, 2ª edición, Bogotá, Doctrina y ley Ltda., 2002, pp. 91-92.

⁴⁷ PEDRO ALFONSO PABÓN PARRA, *Comentarios al Nuevo Código Penal sustancial*, 4ª edición, Bogotá, Doctrina y Ley, 2005, p. 36.

⁴⁸ AUGUSTO J. IBÁÑEZ GUZMÁN, *Apuntes de Derecho Penal*, Parte General, 2ª edición, Bogotá, Gustavo Ibáñez, pp. 207 y ss.

inimputables) y ser responsable penalmente aunque la consecuencia de su hecho sea la aplicación de una medida de seguridad y no una pena.

VI. Sobre el contenido del concepto de “conducta punible”.

El C.P. vigente conserva, en lo esencial, la concepción dogmática del delito introducida por el Proyecto de Código Penal de 1974⁴⁹. En la base del concepto se coloca el concepto de conducta como presupuesto del delito y de ella se exige el cumplimiento de tres elementos o categorías: tipicidad, antijuridicidad y culpabilidad, como condiciones previas a la imposición de la pena.

1. Concepto de conducta.

a) Importancia del papel de la conducta en la estructura del delito.

La acción humana continúa siendo un presupuesto indispensable para la configuración de todo delito. Esta categoría mantiene la proclama del principio del acto como fundamento y esencia del derecho penal en un Estado democrático y social de derecho. Desde luego, es aceptado constitucionalmente (art.29 inc.2) que sólo los actos humanos pueden ser objeto de sanción penal y, en consecuencia, sólo respecto de éstos puede hacerse responsable penalmente a una persona. Además del mandato constitucional, lo anterior se soporta en el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (art. 5, 15), la Convención americana de Derechos Humanos (art. 25) y otras disposiciones que detallan como objeto de sanción penal los actos humanos⁵⁰. El acto humano constituye el soporte inicial de todo delito: la acción, y también la omisión, tienen como presupuesto común el “acto humano”, pues sólo de éstas se puede constituir lo injusto penal y se puede ser culpable, es decir, sólo bajo el presupuesto de que el hombre se ha conducido activa o

⁴⁹ACTAS DEL NUEVO CÓDIGO PENAL COLOMBIANO, Trabajos preparatorios, Parte General, art. 1 a 110, vol. 1, Bogotá, pequeño foro, 1980, p. 90 y ss.; PROYECTO DE CÓDIGO PENAL COLOMBIANO, Imprenta Nacional, Bogotá, 1978, p. 129; PROYECTO DE CÓDIGO PENAL COLOMBIANO, Fondo rotatorio del Ministerio de Justicia, Bogotá, 1976, p. 11.

⁵⁰ Véase, la “Convención Interamericana de Derechos Humanos”, art. 9 y la “Convención sobre los Derechos del Niño”, art. 40-2, a.

pasivamente es posible atribuir responsabilidad por un hecho punible⁵¹. En atención a que el derecho penal de acto se sustenta en la garantía constitucional fundamental de que “nadie puede ser juzgado sino de conformidad con la ley preexistente al acto que se imputa” y a que el Código Penal vigente mantiene un marco de derecho penal de corte “garantista y democrático”, no puede concebirse ningún tipo de hecho punible sin conducta: todas las formas o clases de tipos penales (dolosos, culposos, de acción, de omisión, simples, complejos, tentados, consumados, de lesión o de peligro, mera actividad o resultado, etc.) tienen como presupuesto básico la conducta humana. Aunque el concepto de “acción” no sea una modalidad abaricable de todas las formas de manifestación de la conducta punible⁵² (porque no cumple con la función de elemento básico y común para todos los delitos) y no cumple con la función de enlace (puente) entre las diversas categorías del delito⁵³, lo cierto es que excluye todo lo que no se toma en consideración para el enjuiciamiento penal, con lo que mantiene el cometido de límite (función de exclusión o delimitación) y, necesariamente, se resalta que el delito deja de existir cuando, por ejemplo, hay ausencia de comportamiento o ausencia de acto humano, fuerza irresistible, caso fortuito, eventos donde sólo hubo movimiento físico sin voluntad (eventos de supresión de conciencia, vértigo epiléptico, sonambulismo), sucesos causados por animales o personas jurídicas, meros pensamientos y actitudes internas⁵⁴. Si bien el C.P. no se refiere al término “acción” sino al de “conducta”, con ello da cabida a un término mucho más amplio y general que incluye a la “acción”. Entonces, la acción que sirve para fundamentar el delito es un “tipo de conducta” pero reducida, limitada. La acción y la omisión se enlazan e integran mutuamente como modos de conducta idóneos para lesionar o poner en peligro bienes

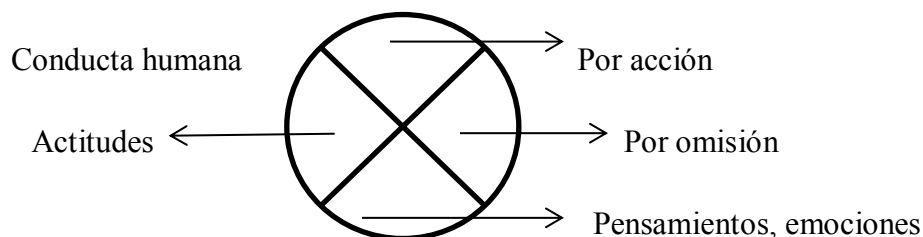
⁵¹ JESÚS ORLANDO GÓMEZ LÓPEZ, *Tratado de Derecho Penal*, 2001, cit. p. 122

⁵² GUSTAV RADBRUCH concibe la tesis de que “comisión y omisión no pueden ser agrupadas bajo un supra-concepto común de acción; a lo sumo, se comportan como posición y negación (A y ~ A)”. Luego, el concepto de acción no explicaría la omisión. Cfr. JOSÉ CEREZO MIR, *Curso de derecho penal español*, Parte General, 6ª edición, Madrid, Tecnos, 2005, p. 31.

⁵³ La función de unión, conexión o vínculo no se cumple en autores que parten, no de la acción, sino de la lesión o puesta en peligro del bien jurídico para la definición del delito, al sustituir el concepto de acción por el de la realización del tipo. Así, en la configuración del delito REYES ECHANDÍA prescinde el estudio del concepto de acción y comienza con la tipicidad. Véase ALFONSO REYES ECHANDÍA, *Derecho Penal*, Parte General, 1977, cit. pp. 101 y ss.; también, BUSTOS RAMÍREZ / HORMAZÁBAL MALARÉE, *Lecciones de derecho penal*, Parte General, Trotta, Madrid, 2006, pp. 179 y ss.

⁵⁴ Cfr. FERNANDO VELÁSQUEZ V., *Derecho Penal*, cit. p. 534 y ss.

jurídicos ya que de las inmensas “realidades” contentivas en la conducta, el legislador sólo da relevancia a una parte de ella. Gráficamente, se podría representar de la siguiente forma:



Nótese que un concepto así construido atiende razonablemente las exigencias normativas derivadas de las leyes nacionales e internacionales y la mayoría de las funciones que debe satisfacer la “acción”: a pesar que no se dispone de un supra-concepto genérico de acción y omisión y no rige la función de elemento básico que permita interpretar satisfactoriamente todos los tipos de lo injusto (función de enlace o vínculo de la acción y la omisión con los restantes elementos de la infracción penal), la “acción” desempeña una función “delimitadora” al dejar por fuera del derecho penal los hechos irrelevantes jurídico-penalmente⁵⁵, además que está afín al principio de legalidad (como garantía o exigencia de responsabilidad por conductas externas y concretas art. 29 inc.2 Const. Pol., art. 6 Ley 906/04, art. 10 del C.P.), al principio de responsabilidad por el hecho (la persona solo responde de los hechos que realiza y no por su manera de ser o de pensar, de lo cual se deduce la prohibición de la responsabilidad por el carácter o el ánimo art. 6 inc. 1 del C.P., art. 5 Ley 906/04), al principio de personalidad (la persona solo responde por los actos propios, lo cual implica la prohibición de responsabilidad por los hechos ajenos art.9, 10, 12 del C.P, art. 29, 90 Const. Pol.), al principio de imputación personal (que solo se puedan vincular a una persona por conductas concretas y externas art. 29 inc.2 Const. Pol., art. 6 del C.P, art. 6 Ley 906/04), al principio de inocencia (la persona solo puede responder de los actos ya realizados lo cual implica la prohibición de que su responsabilidad no puede ser presunta art. 28, 29 inc.4 Const. Pol., art. 7 Ley 906/04) y al principio de la dignidad humana (por cuanto sancionar a alguien por el hecho de otro, hacer responder a una persona por su manera de ser o pensar, sancionar por un hecho imprevisible o presuntamente a un inocente, son manifestaciones que van en contra de la dignidad humana art. 1 Const. Pol., art. 1 del C.P., art. 1 Ley 906/04).

⁵⁵ JOSÉ LUIS DÍEZ RIPOLLÉS, *Derecho penal español*, cit., p. 116.

b) Concepto de conducta en el Derecho penal colombiano.

El proceso histórico del derecho penal colombiano ha seguido el mismo ritmo de los diferentes momentos de la acción en la teoría del delito. En este proceso se han fichado teorías que van desde la más causal y finalista, hasta el concepto social y funcionalista de acción. Al igual que en la doctrina mayoritaria⁵⁶, los autores nacionales no han llegado a un consenso sobre el contenido de la categoría (algunos la consideran como un elemento independiente y autónomo en la teoría del delito, otros prescinden de él). Incluso, se han contemplado infinidad de matices y variantes dada la multiplicidad de expresiones utilizadas para su denominación lingüística⁵⁷.

REYES ECHANDÍA fue partidario de incorporar la acción a la tipicidad. En principio, el jurista entendió por conducta (*latu sensu*) cualquier comportamiento humano, o mejor, “la particular reacción del sujeto a un estímulo dado”; en estricto sentido, advirtió que la conducta viene a significar un “movimiento físico producido por el hombre y dirigido conscientemente a un fin jurídicamente relevante”⁵⁸. Años más tarde, renunció al concepto de conducta⁵⁹ e inició la exposición de la teoría del delito a partir de la tipicidad⁶⁰. Definía el tipo legal como la abstracta descripción que el legislador hace de una conducta humana reprochable y punible⁶¹. La abstracción la refiere al contenido general y amplio de la conducta normada para que dentro de su marco quepa el singular y concreto comportamiento⁶²; conforme a ello, la descripción de ese comportamiento constituía el fundamento de los tipos legales que merecían ser elevados a la categoría de delitos. Por su parte, concebía la conducta como base de la teoría del delito GAITÁN MAHECHA. Este tratadista sostuvo que el acto humano voluntario está constituido por un hacer o no hacer y por la producción de una mutación externa. Decía que la acción es un acto, un acto humano

⁵⁶ Cfr. Por todos, CLAUS ROXIN, *Derecho Penal*, cit., p. 235.

⁵⁷ En nuestros estatutos penales se sugirió la voz de acción (art.11 del C.P. de 1936), después se usó la palabra hecho (C.P. 1980 art. 19) y hoy en día se encuentra extendida la expresión conducta punible (art. 9 C.P. vigente).

⁵⁸ ALFONSO REYES ECHANDÍA, *Derecho penal colombiano*, cit. pp. 139-140.

⁵⁹ ALFONSO REYES ECHANDÍA, *Derecho Penal*, 1977, cit. pp. 101 y ss.; *Derecho Penal*, 1990, cit. p. 105.

⁶⁰ Inicia la exposición de la teoría del delito desde la tipicidad ESTEBAN PÁEZ POLO, *Derecho Penal General*, 1ª edición, Barranquilla, Mejoras Ltda., 1977, p. 143 y ss.

⁶¹ ALFONSO REYES ECHANDÍA, *Derecho penal*, 1990, cit. p. 96.

⁶² ALFONSO REYES ECHANDÍA, *Derecho Penal*, 1980, cit. p. 142.

voluntario y afirmaba expresamente que “este concepto de acción como elemento del delito, que supone un sujeto capaz, deja por fuera a los inimputables”⁶³. Señalaba como características de la acción: *i)* una conducta, o sea un comportamiento exterior que puede ser de comisión o de omisión; *ii)* que ese comportamiento deba ser un comportamiento humano; *iii)* que sea producto de la voluntad, ya que ni los movimientos reflejos, ni los determinados por estados morbosos en que hay perturbación de la conciencia (sugestión patológica por ejemplo), ni los causados por la fuerza (coacción) son delictuosos; *iv)* que ese comportamiento produzca un resultado, evento o daño que consiste en una mutación en el mundo exterior, ya sea en el orden físico o en el orden jurídico; y, *v)* que exista relación de causalidad entre la conducta y el efecto. En fin, al concebir como características de la acción el comportamiento exterior, humano, voluntario, hacía alusión al concepto causal de acción de LISZT y BELING⁶⁴.

A su turno, LUIS CARLOS PÉREZ consideró que “la acción no es cualquier comportamiento humano, sino solo la conducta del hombre manifestada a través de un hecho exterior”⁶⁵. La acción es el “movimiento de nuestra fuerza interna, obrando sobre las fuerzas circundantes”, pero en relación con el concepto de delito del Código Penal (se refiere al C.P. de 1936, fundado en el principio de responsabilidad legal), considera que no puede interpretarse con arreglo a la voluntariedad del acto pues es claro que en el infractor alienado o ebrio la libre decisión está interferida por anomalías mentales. Luego, decía, la acción humana no siempre es voluntaria, no siempre apunta lúcidamente a un fin; lo fundamental para él reside en que sea un hecho humano, la actividad misma del sujeto, sin determinar cómo se desarrolló: intencionalmente, o por culpa, o por factores imprevistos (caso fortuito) o por procesos psíquicos anormales⁶⁶. A pesar de esta aclaración, se apoyó en la descripción naturalista del concepto de acción de BELING⁶⁷.

SERVIO TULIO RUIZ consideró que la conducta humana consiste en el

⁶³ BERNARDO GAITÁN MAHECHA, *Curso de Derecho Penal General*, 1ª edición, Bogotá, Lerner, 1963, pp. 99-100; Define la acción como “conducta voluntaria que consiste en hacer o no hacer algo, que produce una mutación en el mundo exterior” GUSTAVO PELÁEZ VARGAS, *Manual de Derecho Penal General*, 1ª edición, Medellín, Bedout, 1981, p.115.

⁶⁴ Para BELING “la acción debe afirmarse siempre que concurra una conducta humana llevada por la voluntad, con independencia de en qué consista esa conducta”. Cfr. CLAUS ROXIN, *Derecho Penal*, cit., p. 237.

⁶⁵ LUIS CARLOS PÉREZ, *Tratado de Derecho Penal*, t. I, cit. p. 465.

⁶⁶ *Ibíd.* cit. p. 474.

⁶⁷ *Ibíd.* cit. p. 512.

comportamiento del hombre en relación con el mundo exterior. Recalcó que el comportamiento del hombre se realiza fuera de su mundo interior, sale de su yo y se exterioriza, dejando huella externa y alterando las condiciones objetivas preexistentes a su actuar⁶⁸. Consideró que solamente son conductas importantes para el derecho penal aquellas que dejan su “huella” en el mundo exterior, es decir, las actividades o inactividades del hombre concretadas en un acto exterior reconocible por los sentidos: en rigor, dice que la acción (que no es más que una parte del *genus* conducta como la omisión) es un movimiento o inercia del cuerpo, que de por sí constituye una modificación del mundo exterior⁶⁹; sostiene que el aspecto que determina el valor sintomático del comportamiento respecto de la constitución síquica del autor no es la voluntariedad sino la atribuibilidad, concepto impulsado por ANTOLISEI como la *suitas* o propiedad exclusiva del acto. Frente a esto expuso:

Conducta es cualquier comportamiento que refleje y exprese la personalidad del sujeto, esto es, cualquier acto que tenga un valor sintomático respecto de la constitución psíquica de su autor y es allí, entonces, en donde se encuentra el coeficiente psíquico o moral de la conducta, el cual no consiste únicamente en la voluntariedad del acto sino en la atribuibilidad de éste al sujeto⁷⁰.

De igual modo, ROZO R. decía que la definición que está más cerca al pensamiento colombiano por su claridad y sencillez es la de ANTOLISEI. Exponía el profesor: “Esta ‘suyedad’ de la acción falta cuando el movimiento muscular no es voluntario”⁷¹. Tiempo después dijo que la conducta (o acción en sentido lato) es toda actitud o comportamiento del hombre en cuanto tenga su principio en el sujeto. Consideró que el hombre, hallándose dotado de conciencia y voluntad, no actúa más que para conseguir determinados fines. En consecuencia dice que “la acción es el comportamiento humano orientado hacia una finalidad”. Desde luego, la finalidad propuesta por el autor debe tener “eficacia jurídica

⁶⁸ SERVIO TULIO RUIZ, *La estructura del delito en el Derecho penal colombiano*, cit. pp.17-18; en igual sentido, MIGUEL BOLÍVAR ACUÑA, *Apuntes de Derecho Penal General*, 1ª edición, Barranquilla, 1976, p. 180.

⁶⁹ SERVIO TULIO RUIZ, *La estructura del delito en el Derecho penal colombiano*, cit. p. 19.

⁷⁰ SERVIO TULIO RUIZ, *Teoría del hecho punible*, cit. p. 147.

⁷¹ JULIO E. ROZO R., *Comentarios de Derecho Penal General*, Bogotá, Universidad Santo Tomás, 1978, p. 243.

plasmada en un resultado concreto o potencial”⁷². A todas estas, no tardó en ejercer influencia en los penalistas el concepto final de acción⁷³. En la obra del profesor ROMERO SOTO se dijo que “aunque no era fácil tomar posición frente a las teorías de la acción, el concepto puramente naturalista de la acción no resultaba el más adecuado para resolver los problemas que ese concepto suscitaba. De ahí que se tenga que ser más o menos finalista”⁷⁴. Lo anterior, decía, no quiere decir que se deba llegar a compartir las tesis de WELZEL sobre la culpabilidad y la antijuridicidad, sino que “el legislador ha tomado en cuenta algo más que la acción”. Dicho esto, la introducción del concepto social de acción⁷⁵ como una especie de transición entre el concepto puramente natural y el concepto finalista era un hecho. El concepto social de acción tomó del concepto causal “la necesidad de identificar el concepto de acción con el de causación de un resultado” y del concepto finalista, “que la acción no pueda ser definida teniendo solamente las leyes de la naturaleza sino que debe situársele dentro del derecho y más específicamente, dentro del derecho penal”⁷⁶. En este orden de ideas, la significación social puntualizó la necesidad de concebir un concepto de “acción” que trascendiera del ámbito del sujeto, es decir, se subrayó la idea de producción de un efecto sobre la relación con otra persona o titular de derecho. En este sentido, ESTRADA VÉLEZ aceptó el dismantelamiento y abandono del concepto causal de acción y sostuvo:

⁷² JULIO E. ROZO R., *Derecho Penal General*, Parte Primera, Bogotá, Universidad Sergio Arboleda, 1999, p.372.

⁷³ SERVIO TULIO RUIZ, *La estructura del delito en el Derecho penal colombiano*, cit. p. 29.

⁷⁴ LUIS ENRIQUE ROMERO SOTO, *Derecho Penal*, vol. I, cit. p. 260; en el mismo sentido, EDGAR ESCOBAR LÓPEZ, *Derecho Penal Básico*, Parte General, Tomo I, Bogotá, Leyer, 1997, pp. 21 y ss.

⁷⁵ El concepto social de acción se comprende como un fenómeno social cuyo efecto va dirigido a la realidad (social). De acuerdo con ello, la acción es un comportamiento humano con trascendencia social. Aquí el comportamiento significa toda respuesta de la persona a la exigencia de una situación reconocida o por lo menos reconocible, a través de la realización de una posibilidad de reacción que se le presenta en dicha situación. El comportamiento puede consistir en el ejercicio de la actividad final (*finalidad*), pero también puede limitarse a la *causación* de consecuencias inintencionadas en la medida en que el acontecimiento puede ser dirigido con la intervención de la finalidad (imprudencia)... o expresarse a través de la inactividad frente a una determinada expectativa de acción... Una conducta tiene “trascendencia social” exclusivamente cuando se refiere a la relación del individuo con su entorno y afecta al mismo a través de sus efectos. Cfr. JESCHECK / WEIGEND, *Tratado de Derecho Penal*, Parte General, traducción Miguel Olmedo Cardenete, 5ª edición, Granada, Comares, 2002, pp. 221 y 239-240.

⁷⁶ LUIS ENRIQUE ROMERO SOTO, *Derecho Penal*, vol. I, cit. p. 253.

Actualmente, la generalidad de la doctrina acepta el llamado concepto social de acción. La acción pura y simplemente causal no se distingue de cualquier factor causativo de la naturaleza. Por consiguiente, es preciso tener en cuenta que la “acción humana se distingue de cualquier otro coeficiente causal precisamente porque ella no es un coeficiente ‘ciego’ sino un factor causal ‘inteligente’ que, a pesar de colocarse entre los demás factores causales, sabe dominarse y dirigirse en vista del fin que el agente intenta realizar. Es en el mundo de los valores que la acción encuadra. Los criterios necesarios para individualizar el concepto de acción son criterios tomados de la realidad social, y no de la realidad naturalística mecánicamente entendida. En este mundo social la acción ya no se concibe como movimiento muscular voluntario...sino que es un concepto que debe ser examinado con base en criterios de valor, que no permiten prescindir de un elemento finalista...”⁷⁷.

Y seguidamente apuntó que,

Un paso ulterior consistió en englobar el actuar humano dentro de una serie de valores sociales, en cuanto el hombre no es simple y llanamente una potencia causal en el sentido físico-mecánico, sino que su realidad insoslayable lo ubica siempre y fatalmente entre otros hombres, en un sentido social determinado, con específicas apetencias y necesidades, frente a una serie de valores que encuentra ya establecidos, que puede modificar, ciertamente, pero que están ahí. El hombre no es, pues, simplemente un ser en el sentido metafísico de la palabra, sino siempre y en todos los casos un ser social. De ahí que el acontecer causal atribuible a un hombre solo tiene trascendencia jurídica en cuanto se ponga en contacto con el mundo social que lo rodea⁷⁸.

Años más tarde, apoyados en posturas de índole ecléctica, los autores nacionales se perfilaron por una “mezcla” de criterios⁷⁹. En efecto, VELÁSQUEZ V., defiende un concepto de conducta social-final como el actuar humano (comisivo u omisivo), controlado o susceptible de serlo por la voluntad, dirigida hacia un determinado resultado y con repercusiones en el ámbito social. El autor afirma que “todo comportamiento que no reúna estas notas no puede ser considerado como conducta para el derecho penal”, de modo que parte de una “noción real vinculada con el ser de las cosas acorde con el entorno social en el que se desenvuelve el comportamiento humano, pues las tres categorías que integran la

⁷⁷ FEDERICO ESTRADA VÉLEZ, *Derecho Penal*, cit. p. 94.

⁷⁸ *Ibíd.* cit. p. 109.

⁷⁹ JUAN FERNÁNDEZ CARRASQUILLA, *Derecho penal fundamental I*, 2004, cit. p. 622.

conducta (se refiere a la causalidad, finalidad y socialidad) son extraídas de allí y no propiamente del mundo de los valores”⁸⁰. A su turno, FERNÁNDEZ CARRASQUILLA afirma que no hay una adscripción de la ley a un esquema determinado, sino que dentro de la estructura legal es posible construir un esquema causal, final, funcional. Considera que el causalismo no puede suministrar un concepto social de acción, pues carece de los conceptos de finalidad y sentido de valor, y, de otra parte, que todo concepto verdaderamente social de acción es necesariamente finalista⁸¹; además de lo anterior, sostiene que “la definición neokantiana de la acción, es decir, la acción social, estruja las reglas metódicas que se derivan de la estructura estratificada del delito”, e indica que “si varios sistemas jurídico-penales son posibles a partir del concepto causal de acción, esa posibilidad existe sobre la base del concepto final, siempre y cuando que en éste se incluya la dimensión social valorativa”⁸².

Por otra parte, desde una propuesta dialéctica del Derecho penal SALAZAR MARÍN define la acción como la conducta del ser humano que se comunica con los demás. El profesor comparte con el finalismo que el concepto de conducta (como concepto óntico-ontológico⁸³) es el que debe estar en la base del delito pero a diferencia de la tradición del derecho penal, su propuesta incluye los motivos dentro del concepto de acción porque, en su opinión, es de la única manera como puede rescatarse el verdadero concepto óntico-ontológico de acción y como se alcanza la completa revolución copernicana que el finalismo empezó. Con estas ideas, es partidario de una acción culpable, con toda su motivación individual, incluidos dolo y culpa y conocimiento de la ilicitud, más lo conforme a sentido como materia adicional de la imputación objetiva. La acción, dice, es acción y comunicación. Ambas se relacionan dialécticamente, de la misma manera que lo hace el sujeto con la sociedad (el hombre aprende y practica comportamientos que la sociedad le enseña y la sociedad aprende y practica comportamientos que el hombre le enseña). Así, afirma que el concepto dialéctico de conducta y su manifestación externa

⁸⁰ FERNANDO VELÁSQUEZ V. *Derecho penal*, cit. p. 531 (expresamente p. 720).

⁸¹ JUAN FERNÁNDEZ CARRASQUILLA, *Derecho penal fundamental I*, 2004, cit. p. 479.

⁸² *Ibíd.* cit. p. 486.

⁸³ Óntico porque *es ser* y ontológica porque *se estudia ese ser*. MARIO SALAZAR MARÍN, *Teoría del delito con fundamento en la escuela dialéctica del derecho penal*, Bogotá, Ibáñez, 2007, pp. 147 y ss.

“entraña un *nuevo* concepto de acción para el derecho penal”⁸⁴. Similar opinión es la de REYES ALVARADO cuando afirma que para el derecho penal acción es toda “causación imputable que surge cuando existe una conducta injusta y culpable, es decir, cuando respecto de ella se han agotado positivamente los juicios tanto de una imputación objetiva como de una imputación subjetiva”⁸⁵.

A pesar de la disparidad de criterios y matices, lo cierto es que, sea cuál sea el concepto de acción adoptado, necesariamente tiene que ligarse al reconocimiento del principio del acto como fundamento del derecho penal (art. 29 inc. 2 Const. Pol.). El principio del acto constituye una cláusula de imperativo cumplimiento para el derecho penal por ser fundamento del Estado social y democrático de derecho y concretamente, el fundamento de la teoría del delito. Por expreso mandato constitucional, sólo pueden ser objeto de sanción penal los “actos humanos” y, en consecuencia, sólo respecto del acto puede hacerse penalmente responsable a una persona. De esta suerte, resulta consecuente el concepto de conducta con el marco sistemático y el conjunto de valores desde el cual se debe construir el derecho penal. En definitiva, de la sola consagración del vocablo “conducta” no se infiere la adopción de un determinado concepto de acción y, cualquiera que se adopte, ha de atarse a los límites materiales que trae la Const. Pol., los tratados internacionales y los principios de orden intra o extra sistémicos que conforman el derecho penal en general.

2. Desvalor de acción y resultado.

a) Importancia del juicio negativo de acción y de resultado en la teoría del delito.

El debate sobre la constitución del injusto en la moderna doctrina penal ha transitado en torno a serios y profundos problemas. Por ejemplo, al momento de acoger cierta posición teórica sobre el injusto ello implica, necesariamente, una postura sobre las instituciones que informan las categorías del delito como el carácter imperativo o valorativo de la norma penal, la naturaleza de la antijuridicidad (objetiva-subjetiva), la ubicación

⁸⁴ Ibíd. pp. 170-174 y 182. Resaltado fuera del texto.

⁸⁵ YESID REYES ALVARADO, *Imputación objetiva*, 3ª edición, Bogotá, Temis, 2005, pp. 69-71.

sistemática del dolo (injusto o culpabilidad), la comprensión autónoma de los elementos de la tipicidad y antijuridicidad, el tratamiento del error, etc. Todas estas instituciones son eslabones que se entrecruzan lógicamente y razonablemente al momento de constituir y caracterizar el contenido del injusto en materia penal. De hecho, la adopción de un punto de vista imperativo⁸⁶ sobre la norma jurídico penal (norma de determinación de conductas) implica la inclusión del dolo en el tipo de injusto de los delitos dolosos (sin que ello se derive por la adopción de un concepto finalista de acción) y la elevación del desvalor de acción a la categoría de elemento constitutivo y fundamentador del injusto penal⁸⁷; pero, la adopción de un punto de vista valorativo en cuanto a la norma jurídico-penal hace sobresalir, a la hora de decidir si una conducta es o no contraria a Derecho, la constatación de si ha producido o no una lesión o puesta en peligro del interés jurídicamente protegido en el correspondiente tipo de delito⁸⁸ o lo que es lo mismo, la verificación de la presencia de un desvalor de resultado. Desde esta última posición, el injusto se fundamentaría primordialmente por el desvalor de resultado (como juicio de desaprobación que recae sobre el hecho) por cuanto éste supone la lesión o puesta en peligro de un bien jurídico; y digo primordialmente, porque algunos doctrinantes consideran, bajo esta concepción valorativa, que al desvalor de acción se le atribuye un papel secundario, pero relevante, de manera que se habla de un doble aspecto (valorativo-imperativo) de la norma. Nótese cómo la atribución de un carácter imperativo a la norma penal (que conduce a la incorporación del dolo neutro o natural al tipo de injusto) y la exigencia de una lesión o puesta en peligro (desvalor de resultado) en el marco de un acción personalmente antijurídica (desvalor de acción) conlleva a que este último ocupe un rol esencial e imprescindible para la constitución del injusto (ahora, injusto personal⁸⁹). Con motivo a estas interpretaciones, la

⁸⁶ La teoría imperativa considera a la norma penal como norma de determinación, esto es, como mandato o prohibición dirigida al ciudadano y al ordenamiento jurídico como manifestaciones de voluntad del legislador que reclaman un determinado comportamiento de los partícipes de la comunidad jurídica, por lo que sus normas son prohibiciones de deber ser que deben cumplir los hombres a quienes afectan. SANTIAGO MIR PIUG, *Introducción a las bases del derecho penal*, concepto y método, 2ª edición, Buenos Aires, B de F Ltda., 2003, pp. 65 y ss. (específicamente p. 69); del mismo, *El derecho penal en el Estado social y democrático de derecho*, 1ª edición, Barcelona, Ariel, 1994, pp. 45 y ss.

⁸⁷ SUSANA HUERTA TOCILDO, *Sobre el contenido de la antijuridicidad*, Madrid, Tecnos, 1984, pp.17-18.

⁸⁸ *Ibíd.* cit. p. 18.

⁸⁹ Cfr. CLAUS ROXIN, *Derecho penal*, cit. p. 320.

constitución del injusto penal como juicio que recae sobre la presencia del desvalor de acción y del desvalor de resultado merece algunas precisiones: Una primera, la más problemática, se dirige a puntualizar lo que se entiende por desvalor de resultado⁹⁰. El desvalor de resultado se ha entendido en un sentido naturalístico y en un sentido jurídico. Se ha dicho que el resultado se refiere a la desaprobación naturalísticamente producida, separable de la acción y que se presenta en los llamados delitos de resultado. Desde este punto de vista, lógico sería concluir que en tanto el desvalor de acción es común a todos los delitos dolosos, el desvalor de resultado puede faltar sin que por ello desaparezca el injusto (caso de los delitos de peligro, de mera actividad o en la tentativa punible). Esta visión se corresponde con el manejo del término en un sentido natural, físico o fenomenológico del resultado. Por otro lado, el derecho penal también ha concebido la expresión en un sentido jurídico, como “desvalor”, con lo que la presencia de un determinado efecto no dependería de un dato físico sino de una valoración jurídica. Con este punto de partida se ha dicho que todos los tipos penales serían de “resultado” y que no tendría sentido distinguir entre tipos de mera actividad y de resultado⁹¹. El problema de esta interpretación es que indistintamente se identifica el resultado “material u ontológico” con su resultado “jurídico”, es decir, la lesión o puesta en peligro concreto del bien jurídico tutelado⁹², con el resultado en el mundo real, cuando lo que debería importar es si dicho desvalor tiene o no un “rol” fundante del injusto⁹³. Así, la presencia (o ausencia) del desvalor de resultado determina un papel trascendente en la constitución del injusto. Concebir el desvalor de resultado como una desaprobación jurídica e identificar “resultado” con “lesión o puesta en peligro del bien jurídico”, implica que el desvalor de resultado está presente en todas las modalidades delictivas. Expresamente, el C.P. vigente se refiere a este punto cuando consagra en su art. 11: “Para que una conducta típica sea punible *se requiere que lesione o ponga en peligro*, sin justa causa, el bien jurídicamente tutelado por la ley penal”⁹⁴. Luego, cualquier interpretación que quiera hacerse de conformidad con el desvalor de resultado

⁹⁰ Cfr. JIMÉNEZ DE ASÚA, *Tratado de Derecho Penal*, t. III, 5ª edición, Buenos Aires, Losada, 1992, pp. 338-342. “No debe confundirse la voz castellana resultado con la italiana evento, como es usual; ni tampoco con efecto que es más amplia, ni con daño”; también FERNANDO VELÁSQUEZ V., *Derecho Penal*, cit. pp. 576-577.

⁹¹ FERNANDO VELÁSQUEZ V., *Derecho Penal*, cit., p. 576.

⁹² FIANDACA / MUSCO, *Derecho Penal*, Parte General, Bogotá, Temis, 2006, p. 231.

⁹³ HUERTA TOCILDO, *Sobre el contenido de la antijuridicidad*, cit. p. 24.

⁹⁴ Art 11. Ley 599 de 2000. Resaltado fuera del texto.

tendría que adelantarse por estos lineamientos (legales y doctrinarios) cuyos significados otorgan clara prevalencia al sentido jurídico de la expresión.

Una segunda precisión se dirige a puntualizar el término correlativo del desvalor de acción. Según WELZEL, la lesión de un bien jurídico o desvalor de resultado sólo adquiere significado jurídico penal en el marco de una acción personalmente antijurídica (dentro del desvalor de acción)⁹⁵. Decía este autor que “es, sin duda, esencial una lesión o puesta en peligro de un bien jurídico, pero sólo como elemento parcial de la acción personalmente antijurídica, nunca en el sentido de que la lesión del bien jurídico agote lo injusto del hecho”⁹⁶. En tratándose de los delitos culposos, decía, el desvalor de resultado era un momento carente de independencia lo cual evidenciaba que “con el desvalor de acción queda fundamentada ya completamente lo injusto material, mientras que el resultado producido lleva a cabo solamente una selección dentro de él, en relación con su punibilidad”⁹⁷. A esto hay que agregar que bajo la influencia de A. KAUFMANN y RUDOLPHI, tuvo lugar una completa separación de los conceptos de desvalor de acción y resultado. Estos conceptos ahora empiezan a ejercer influencia por la teoría “monista” (GALLAS, HORN, KAUFMANN, ZIELINSKI, SANCINETTI) o “dualista” (RUDOLPHI, MAURACH, VOLK, BOCKELMANN) del injusto⁹⁸: para la primera, lo injusto del delito se concibe sólo como desvalor de acción, entendido éste como “desvalor de intención”, confiriendo al “resultado” únicamente el papel de una clase de condición objetiva de punibilidad. No es suficiente, según estos autores, que la conducta lesione o ponga en peligro un bien jurídico ya que el desvalor de resultado no es el único elemento constitutivo del injusto y, ni siquiera, es un elemento presente en todos los delitos. De este modo, decían que la atribución al desvalor de acción de un carácter prioritario en la fundamentación del injusto conllevó a la identidad de los respectivos contenidos del delito consumado y de la tentativa acabada pues en ambos el desvalor de acción era el mismo. Para la teoría dualista en cambio, lo injusto del delito se compone del desvalor de acción y de resultado y se distingue según se entienda al desvalor de acción como desvalor de intención (juicio de

⁹⁵ HANS WELZEL, *El nuevo sistema del Derecho penal. Una introducción a la doctrina de la acción finalista*, segunda reimpresión, trad. José Cerezo Mir, Montevideo-Buenos Aires, B de F, 2004, p. 15; JOSÉ CEREZO MIR, *Curso de derecho penal español*, cit. p. 155.

⁹⁶ Cfr. HUERTA TOCILDO, *Sobre el contenido de la antijuridicidad*, cit. p. 26.

⁹⁷ *Ibíd.* p. 26.

⁹⁸ *Ibíd.* pp. 17 y ss.

desaprobación que recae sobre el autor por el hecho de haberse decidido a actuar en forma típica) o como una serie de elementos específicamente objetivos que describen la forma y clase de la perpetración del hecho⁹⁹. Esta última teoría parece ser la opción acogida en nuestro derecho porque con ella se permite explicar que lo injusto del delito intentado es distinto y menor que lo injusto del delito consumado puesto que el grado de proximidad respecto a la lesión del bien jurídico es diferente en cada caso.

Una última precisión se refiere a las tesis que dan cabida a ambos componentes del injusto (desvalor de acción y resultado). A partir de la concepción dual de la regla jurídico penal¹⁰⁰ (norma subjetiva de determinación y norma objetiva de valoración) estas posturas integran el injusto como la suma de ambos desvalores. De esta manera, la lesión al bien jurídico y la acción personalmente antijurídica conforman el injusto. La antijuridicidad es siempre la desaprobación de un hecho referido a un autor determinado y lo injusto referido al autor, es injusto personal¹⁰¹. En la ofensa al bien jurídico radica el desvalor de resultado y en la forma y modalidad de perpetrar la ofensa radica el desvalor de acción¹⁰². Conforme a lo anterior, para calificar una conducta de antijurídica, no basta con que hubiera ocasionado la lesión o puesta en peligro de un bien jurídico (desvalor de resultado), sino que es preciso que dicha lesión o puesta en peligro se efectúe en el marco de una acción personalmente antijurídica¹⁰³.

⁹⁹ “La diferenciación, en este contexto, en torno al desvalor de acción corresponde al entendimiento de la norma penal como norma de determinación. En efecto, si el imperativo opera apelando a la motivación del sujeto conminándole a decidir su voluntad en contra del delito, el hecho de que la infracción de la norma sea intencional o no, ha de influir en la gravedad de la contradicción del imperativo; entonces, desvalor de acción debe hacerse equivalente a desvalor de intención”. *Ibíd.* pp. 25-34.

¹⁰⁰ Cfr. FERNANDO VELÁSQUEZ V., *Derecho Penal*, cit. p. 707.

¹⁰¹ *Ibíd.*, cit. p. 712.

¹⁰² CARLOS ARTURO GÓMEZ PAVAJEAU, *Estudios de dogmática en el Nuevo Código Penal*, cit. p. 182.

¹⁰³ Son partidarios de estas tesis eclécticas en Alemania, por todos, CLAUS ROXIN, *Derecho Penal*, cit. p. 320: “La realización del tipo presupone en todo caso y sin excepción tanto un desvalor de acción como un desvalor de resultado”; en España, DIEGO MANUEL LUZÓN PEÑA, *Curso de Derecho Penal*, Parte General, Madrid, Universitas, 1996, pp. 332 y ss.: “En lo injusto de todos los delitos debe haber un doble contenido susceptible de valoración jurídica negativa, es decir, un desvalor de resultado y desvalor de acción. Frente al desvalor de resultado se requiere (en los tipos de resultado) la causación de un resultado como consecuencia distinta de la acción, unido con esta por una relación causal material y por una relación de imputación objetiva. Además del resultado jurídico (lesión o puesta en peligro) el tipo requiere de un resultado en el mundo fenomenológico. Correlativamente, en el desvalor de acción se debe verificar una parte subjetiva y otra objetiva. El

b) Único o doble juicio de desvalor en la doctrina penal nacional.

Años atrás la dogmática jurídica colombiana no recurría a los términos del desvalor de acción y de resultado. GAITÁN MAHECHA hacía alusión a estos tópicos de la siguiente forma: “toda forma descriptiva hace alusión necesariamente a un bien jurídico, que es tutelado por esa norma. Ese bien jurídico se convierte en una exigencia de orden jurídica, digno de tenerse en cuenta”. Decía que “la tutela de las normas penales se hace no sólo en cuanto ellas puedan constituir pérdida o destrucción del bien jurídico, sino también en cuanto puedan simplemente lesionarlo o ponerlo en peligro”¹⁰⁴. Estas exigencias de orden jurídico en la valoración también las concibe PÉREZ: “el juez realiza un proceso valorativo a fin de apreciar cuál fue el contenido y forma de violación del derecho, de donde resulta que una conducta antijurídica exige: que lesione o ponga en peligro un bien o un interés tutelado por el derecho; y que se afecten las condiciones generales de existencia”. El autor sostiene que un concepto jurídico como el de la antijuridicidad, injusto o ilicitud “no puede ser determinado sino en función de elementos jurídicos”¹⁰⁵. En este orden de ideas, una formulación del juicio negativo de valor con prescindencia de las exigencias de orden jurídico (circunscritas a la lesión o puesta en peligro del bien jurídico) no resultaría procedente porque el “desvalor de resultado” es un elemento necesario para la constitución del injusto según lo expuesto *supra*. A su turno, REYES ECHANDÍA partía de la concepción

núcleo subjetivo del desvalor de acción está constituido por el dolo y la culpa. La parte objetiva del desvalor de acción consiste en el modo y circunstancias de la ejecución; JOSÉ CEREZO MIR, *Curso de Derecho Penal español*, cit. pp. 154 y ss.: “El desvalor de acción está fundamentado no sólo por el dolo, los restantes elementos subjetivos del injusto cuando los haya y la infracción de los deberes jurídicos específicos que obligan al autor en los delitos especiales, sino también por el modo, forma o grado de realización de la acción y por la peligrosidad de la misma desde un punto de vista ex ante”; SANTIAGO MIR PIUG, *Derecho Penal*, Parte General, 8ª edición, Barcelona, Reppertor, 2010, pp. 166 y ss.: “El injusto consiste en la unión de ambos así la configuración de cada uno difiera según la forma requerida en cada caso concreto: dolo o imprudencia (desvalor de acción), consumación o tentativa, lesión o puesta en peligro (desvalor de resultado). El desvalor de resultado (a valorar ex post) presupone el desvalor de la conducta o de la acción (a valorar ex ante). Este último se debe a la peligrosidad para el bien jurídico que un espectador objetivo —hombre medio— puede advertir en la conducta al momento de realizarse ex ante. Mientras que el desvalor de resultado expresa el estado de cosas último que el Derecho penal quiere evitar (la lesión o puesta en peligro de bienes jurídicos), el desvalor de conducta exige que aquella situación se deba a una conducta suficientemente peligrosa para un espectador ideal situado ex ante en la posición del autor”.

¹⁰⁴ GAITÁN MAHECHA, *Curso de Derecho Penal General*, cit. pp. 118-120.

¹⁰⁵ LUIS CARLOS PÉREZ, *Tratado de Derecho Penal*, t. I, cit. pp. 476.

naturalista del evento o “resultado”: el resultado no es elemento esencial del delito en cuanto que no todas las figuras delictuosas lo contienen (como ejemplo señala los delitos de mera conducta en los que basta la sola acción u omisión para la estructuración del reato). Sin embargo, con la voz “evento” entendía la ofensa al interés protegido en la norma penal y decía que no podía faltar en ningún delito porque no era posible que existiera un reato sin ofensa de un interés jurídicamente protegido¹⁰⁶. En obras posteriores, el autor hizo referencia a la “lesión o al peligro de lesión que se ocasiona a un bien jurídicamente tutelado”, siendo “ese daño de lesión o de peligro el que determina y explica el juicio desvalorativo que constituye la esencia de lo antijurídico”¹⁰⁷ y tras exponer las concepciones que explican si el problema de la determinación de lo antijurídico debe hacerse teniendo en cuenta únicamente y desde un punto de vista puramente subjetivo, la conducta del autor (lo que podría encuadrarse en el desvalor de acción) o si, por el contrario, tal determinación debe referirse exclusivamente al aspecto material, objetivo, esto es, a la lesión o puesta en peligro del bien jurídico (lo que encuadra en el desvalor de resultado), afirmó una concepción unitaria en la que teleológicamente se sintetizaban las tendencias (subjetiva y objetiva), dando cabida a un juicio valorativo por parte del juez no sólo bajo los aspectos objetivos, sino ligado ineludiblemente a la voluntad de su autor¹⁰⁸.

Por su parte, ROMERO SOTO, ciñó expresamente en su vocabulario jurídico-penal los términos “desvalor de acción” y “desvalor resultado” e incluyó dentro del concepto de acto la lesión o amenaza al bien jurídicamente protegido, esto es, el resultado del delito: “no hay un solo acto del hombre que no produzca un resultado externo. Toda acción tiene un resultado, aun cuando este no sea perceptible por los sentidos”¹⁰⁹. Esta posición, próxima a la postura del resultado en sentido jurídico, como daño (real, efectivo) o peligro de daño (relevante posibilidad de daño, potencial) que afecta la seguridad del bien o interés jurídico protegido, lo llevó a concebir la antijuridicidad como formal y material (objetiva-subjetiva); además, sostuvo que la definición del delito “puede traer algunas vacilaciones de lo que se entiende por resultado”, ya que este puede interpretarse en un sentido puramente natural, como suceso exterior, acontecimiento, etc., o bien en un sentido

¹⁰⁶ ALFONSO REYES ECHANDÍA, *Derecho Penal colombiano*, cit. p.145.

¹⁰⁷ ALFONSO REYES ECHANDÍA, *Derecho Penal*, 1980, cit. p. 226.

¹⁰⁸ *Ibíd.*, cit. p. 232. Claramente, esta es una concepción ecléctica o mixta.

¹⁰⁹ LUIS ENRIQUE ROMERO SOTO, *Derecho Penal*, vol. I, cit. p. 286.

puramente jurídico, como lesión de un bien jurídicamente protegido”¹¹⁰. Entonces, decía, no es difícil escoger entre ambos porque “el resultado nunca puede ser el mero suceso externo, entendido en el plano naturalista, sino la lesión del bien que por el acto se ocasiona”. SERVIO TULIO RUIZ entendió por resultado el efecto natural de la conducta que forma parte del contenido del delito o de sus agravantes. Para él, el resultado de la conducta es el efecto natural del comportamiento humano que produce un cambio que modifica el mundo exterior y que forma parte del contenido del tipo de delito de que se trata; en cambio, dice, el daño (efecto jurídico) es la consecuencia de la totalidad del delito, no es en ningún momento una modificación de la realidad exterior, del mundo externo, sino que se trata de un perjuicio, de una destrucción, de una perturbación o empeoramiento de un interés o derecho perteneciente a una persona y tutelado por el ordenamiento jurídico-penal¹¹¹. En su opinión, ambos conceptos son diferentes y autónomos pero pueden coexistir mutuamente. Es indudable que el hecho punible debe producir un resultado jurídico, un daño lesión o peligro de lesión de un interés jurídicamente tutelado en el ordenamiento punitivo¹¹². Por su parte, a ESTRADA VÉLEZ le parece más correcto hablar de conducta o comportamiento que produce un resultado o un evento. Afirma que evento “es solamente el efecto de la conducta que el derecho toma en consideración en cuanto asigna a su verificación consecuencias de carácter penal, o más brevemente, es el resultado típico de la conducta humana”¹¹³; siempre es un acontecimiento que está por fuera de la acción en sentido lato que se distingue clara y nítidamente de ella y que siempre es posterior a la misma. De esta forma, sostiene que entre nosotros solo es posible la “concepción naturalista del evento”, en cuanto que para la integración del tipo no es requisito indispensable que la acción produzca un determinado resultado¹¹⁴. En contra de VANINI¹¹⁵, manifiesta que el evento no es un elemento esencial del delito y concebirlo como ofensa (daño o exposición a peligro del bien jurídicamente protegido), es una posición “artificial”

¹¹⁰ Ibíd., cit. pp. 335 y ss. (específicamente, 343).

¹¹¹ SERVIO TULIO RUIZ, *La estructura del delito en el Derecho penal colombiano*, cit. pp. 38-40.

¹¹² SERVIO TULIO RUIZ, *Teoría del hecho punible*, cit. pp.151-154.

¹¹³ FEDERICO ESTRADA VÉLEZ, *Derecho Penal*, cit. p 113.

¹¹⁴ Ibíd., cit. p.116 y del mismo, *Manual de Derecho Penal*, cit. p. 163.

¹¹⁵ Cree que la opinión de VANNINI, quien considera que el evento es un elemento esencial del delito que estaría constituido por el daño o la exposición a peligro del bien jurídicamente tutelado por la norma incriminadora es equivocada y sólo es sostenible en el Código Penal Italiano. Cfr. ESTRADA VÉLEZ, *Derecho Penal*, cit. p. 115.

que se presta a situaciones equívocas, en cuanto no habría diferencia entre el evento y la noción de daño criminal. Así, el autor prefiere una concepción imperativa de la norma penal ya que para él numerosos delitos se tipifican como simples comportamientos, es decir, se perfeccionan en su plenitud normativa por la simple ejecución de una conducta expresamente prohibida, sin que como consecuencia de ella se produzca un efecto o aun produciéndose ese efecto o resultado, la ley no la toma en cuenta absolutamente para nada¹¹⁶. Empero, frente al estudio analítico del delito considera que la antijuridicidad es indivisible: “el hecho humano es o no contrario a derecho, y si lo es, lo será material y formalmente en todos los casos. La ilicitud es siempre formal en cuanto es una relación de contradicción con la norma, y es siempre material, en cuanto sobre el hecho recae el juicio de lesividad, es decir, en cuanto el hecho es dañoso para la sociedad y produce una lesión o una amenaza de daño (peligro)”¹¹⁷; por lo que no parece decantarse por una concepción naturalista. GÓMEZ PAVAJEAU insiste que en “todo delito y en cualquier estadio de ejecución han de concurrir desvalor de acción y desvalor de resultado”, con lo que se entraña una doble garantía: que el acto humano no se va a enjuiciar desvinculándolo de su autor, por una parte, y que el Derecho penal sólo intervendrá cuando realmente se haya lesionado o puesto en peligro un bien jurídico y en la medida en que eso suceda, no castigará, por sí solo, ni voluntades ni resultados”¹¹⁸. Afirma que la única posición que resulta compatible con la Carta Política de 1991 es el entendimiento de un injusto complejo, como una combinación de desvalor de resultado y desvalor de acción, constituyéndose el primero en elemento fundante del injusto y el segundo en elemento confundante o acompañante, en fin, como elemento auxiliador. El injusto penal en Colombia tiene que ser necesariamente construido sobre la base de una teoría dualista de la norma, donde la norma objetiva de valoración impere, pero requiera de la norma subjetiva de determinación¹¹⁹. De acuerdo con el C.P. vigente, GÓMEZ PAVAJEAU impone la aceptación de una concepción dualista de la norma penal para la construcción del injusto y adopta las

¹¹⁶ FEDERICO ESTRADA VÉLEZ, *Derecho Penal*, cit. p. 115; del mismo, *Manual de Derecho penal*, cit. p. 162.

¹¹⁷ *Ibíd.* cit. p. 204.

¹¹⁸ CARLOS ARTURO GÓMEZ PAVAJEAU, *Estudios de dogmática en el Nuevo Código Penal*, cit. p. 183.

¹¹⁹ *Ibíd.*, cit. p. 204; del mismo, “Algunas consideraciones sobre el Nuevo Código Penal”, cit. p. 77.

consecuencias que impone la prevalencia de la norma objetiva de valoración. Dice que “las instituciones de la antijuridicidad material (art.11), la tentativa (art.27), la accesoriedad limitada en materia de la participación (art.30), la exigencia de tipicidad y antijuridicidad para la “punibilidad” de la conducta punible del inimputable (art.33), excluyen la posibilidad de un injusto fundado en el puro desvalor de acción”¹²⁰. Ahora bien, GROSSO GARCÍA indica que el nuevo Código Penal conserva el resultado como un elemento indispensable para la existencia del delito: “incluir el resultado como elemento estructural de la conducta punible significa asumir una concepción político-criminal que entiende que el derecho penal debe tener en cuenta tanto al acto como sus consecuencias, y que una y otro informan la construcción dogmática del delito”. En su opinión el injusto penal que se construya debe incluir tanto el desvalor del acto como el desvalor de resultado y la presencia o no del resultado tiene consecuencias en el delito y en la pena; por lo tanto, cierra el paso a aquellas concepciones del derecho penal que entienden el delito exclusivamente como acción y le restan todo papel al resultado en la configuración del injusto, fundando el injusto en un puro desvalor de acción, excluyendo el desvalor de resultado¹²¹. VELÁSQUEZ V., sostiene que desvalor de acción y de resultado se limitan y condicionan recíprocamente de tal manera que la existencia del uno presupone la del otro, por lo que impera en la doctrina una concepción mixta¹²². Sin duda alguna, a efectos de la construcción del injusto el desvalor de acción y de resultado comportan un importante elemento pero no el definitorio. Para FERNÁNDEZ CARRASQUILLA, las posiciones dominantes en la dogmática actual son las eclécticas o mixtas que construyen el injusto típico con los desvalores de acción y de resultado con ciertos matices que otorgan al uno o al otro cierta prevalencia; esto lo denomina “objetivismo moderado” que, en general, lo considera más acorde con la tradición garantista que el derecho penal tomó del Iluminismo, siempre y cuando se otorgue un lugar constitutivo al desvalor de resultado como lesión del bien jurídico. El jurista concreta el desvalor de resultado en la lesión o puesta en peligro efectivo del bien jurídico a que el tipo apunta, y lo trata como un concepto normativo y no meramente ontológico (pero en todo caso recae sobre un objeto

¹²⁰ Ibíd. cit. pp. 73-74.

¹²¹ MANUEL SALVADOR GROSSO GARCÍA, *El concepto del delito en el Código Penal*, cit. p. 148.

¹²² FERNANDO VELÁSQUEZ V., *Derecho penal*, cit. p. 178.

de protección)¹²³. Frente al desvalor de acción sostiene que no se trata de un desvalor de intención (voluntad antinormativa) sino la protección anticipada del desvalor de resultado o la antesala de éste¹²⁴. Desde otro punto de vista, MARIO SALAZAR defiende que tanto el desvalor de acto y de resultado importan en sentido negativo cuando del injusto penal se trata. Y esto es así, dice, porque la ciencia del derecho no puede seguir polarizando el debate llevando el desvalor de acto o el desvalor de resultado hasta sus últimas consecuencias y cayendo en la confusión, dado que ambos discursos tienen consecuencias que no desembocan en el ejercicio democrático del poder punitivo. El profesor manifiesta que tildar de autoritario al ontologicismo por fundar el injusto en el mero desvalor de acto y violación al deber y también de autoritario al funcionalismo por fundarlo en el mero desvalor de resultado y violación a la norma o al valor, implica caer en una aporía sin encontrar solución. Por ello, de la mano de la dialéctica, sostiene la respuesta por la vía de la unidad, al amalgamar acto y resultado y unir los extremos objetivo, subjetivo, formal y material, encontrando la verdadera naturaleza del injusto penal¹²⁵.

En definitiva, el injusto penal en el derecho colombiano no puede fundamentarse en el simple desvalor de la voluntad expresada en el acto, en cuanto ella demuestra una rebeldía contra el derecho bien sea como “visión ética del individuo” o como afectación a los “valores éticos sociales”. Un injusto configurado desde el simple “desvalor de acto” no se ciñe a la fundamentación constitucional del concepto del delito¹²⁶ y como hoy prefiere decirse, a un derecho penal de un Estado social y democrático de Derecho. De tal suerte que, el enjuiciamiento axiológico del acto comprende tanto el “desvalor de acto” como el “desvalor de resultado”, pero con una cierta preminencia del último por constituir el irrebalsable marco de referencia teleológico para la fijación del primero¹²⁷. Por ello, hay que aclarar expresiones como las de REYES ALVARADO, al considerar de “artificiosa y extensa la discusión sobre si el desvalor de acción es más o menos importante que el de

¹²³ JUAN FERNÁNDEZ CARRASQUILLA, *Derecho Penal*, 2011, cit. p. 266.

¹²⁴ *Ibíd.*, cit. p. 267.

¹²⁵ MARIO SALAZAR MARÍN, *Teoría del delito*, cit. p. 180.

¹²⁶ Sobre la fundamentación constitucional del concepto de delito, véase: SANTIAGO MIR PIUG, *El Derecho Penal en el Estado social y democrático de derecho*, cit. pp. 29 y ss.; CARLOS ARTURO GÓMEZ PAVAJEAU, *Estudios de dogmática en el nuevo Código Penal*, cit. pp. 61 y ss.; JESÚS ORLANDO GÓMEZ LÓPEZ, *Aproximaciones a un concepto democrático y humano de culpabilidad*, cit. pp. 3-157.

¹²⁷ JUAN FERNÁNDEZ CARRASQUILLA, *Derecho Penal liberal de hoy*, cit. p. 138 y ss.

resultado pues es innegable que en el plano naturalístico siempre habrá resultados como modificaciones del mundo exterior, mientras en el ámbito jurídico también habrá siempre resultados, pero como quebrantamientos de una norma o defraudación de expectativas sociales penalmente relevantes¹²⁸”.

3. Relación de causalidad e imputación.

a) Importancia de la causalidad e imputación en la teoría del delito.

Para definir la relación entre la acción que ejecuta un sujeto y el resultado fenomenológico que la misma traduce, el artículo 9 del C.P. utiliza la siguiente fórmula: “La causalidad por sí sola no basta para la imputación jurídica del resultado”. Esta técnica legislativa es el respaldo más directo que la doctrina colombiana ha encontrado para la aplicación de la teoría de la imputación objetiva, a pesar que el texto del C.P. no se compromete con ninguna postura en particular. Como causa de lo anterior, en nuestro derecho penal se ha dado lugar a las siguientes inquietudes: ¿Basta con la “imputación jurídica” para atribuir un resultado a un sujeto? o ¿Es necesario, siempre y en todo caso, corroborar la existencia de un nexo causal?

Sobre este punto, según MIR PIUG, son dos los elementos generales de la parte objetiva del tipo, exigibles no sólo para los tipos dolosos, sino también para los imprudentes, aunque tal vez con un contenido algo diferente: *i)* que el hecho encaje en la descripción literal del tipo imputable a una conducta peligrosa y *ii)* que en los tipos que exigen la producción de un resultado separado, ello suponga la existencia de una determinada relación de imputación entre dicho resultado y la conducta peligrosa¹²⁹. Sostiene el penalista español que ambos requisitos se exigen para los tipos de resultado por la llamada teoría de la imputación objetiva. Refiriéndose a la doctrina más tradicional, señala que la teoría requiere en los delitos de acción –no en los delitos de comisión por omisión– que el resultado haya sido causado por la conducta (*relación de causalidad*), pero añade, además, la exigencia de una determinada relación de riesgo entre el resultado y una

¹²⁸ YESID REYES ALVARADO, *Imputación Objetiva*, 3ª edición, Bogotá, Temis, 2005, p. 73.

¹²⁹ SANTIAGO MIR PIUG, *Derecho Penal*, Parte general, 9ª edición, Reppertor, Barcelona, 2011, pp. 246-247.

conducta peligrosa¹³⁰. Estos requisitos son importantes porque sirven para delimitar ámbitos de responsabilidad penal a través de diversas categorías jurídico-penales; no basta con la mera causación de un daño para concluir que éste le concierne al sujeto; se requiere que quien organiza un peligro para el bien jurídico no sobrepase los límites de la permisión y además que dicho riesgo se concrete en el resultado. Así, aunque estos elementos constituyan el soporte inicial de la teoría de la imputación objetiva, pueden estar dotados de un contenido diferente atendiendo a los presupuestos filosóficos de los cuales parten¹³¹.

b) Causalidad e imputación en la doctrina penal colombiana.

REYES ECHANDÍA decía que al derecho penal no le interesa tanto la aceptación de una determinada teoría causal cuanto la solución del problema de la imputación con arreglo a criterios prácticos y jurídicos. El delito “debe ser resuelto con criterio realista, teniendo en cuenta más que los principios de doctrinas filosóficas que pretenden resolver la cuestión con fórmulas demasiado amplias, las concretas circunstancias personales y reales que dieron vida al hecho delictuoso”. Con esta afirmación, prescindía del difícil problema del nexo causal sobre la base de que “las teorías causales son criticables desde algún punto de vista” y que, “a pesar de los esfuerzos doctrinales hasta el momento realizados, no parece aún, y es probable que no aparezca en el futuro, una solución”¹³². A su turno, GAITÁN MAHECHA entendía por causalidad “el vínculo necesario que debe existir entre el resultado y el acto para que pueda atribuirse a un sujeto”. Para explicar tal vínculo, decía, la cuestión debe ser resuelta de conformidad con la exigencia normativa, entendiendo por tal, el requerimiento que hace la ley respecto de la causalidad (causalidad típica o de adecuación). Ese requerimiento puede ser determinado por valores estrictamente subjetivos (vínculo entre resultado e inteligencia) o por valores objetivos (enlace entre los distintos fenómenos de orden físico que a partir de la exteriorización del acto culminan en el resultado previsto por la ley) de lo que resulta que, en principio, solamente son fenómenos típicos

¹³⁰ Ibid. p. 247.

¹³¹ Ver, por todos, CLAUS ROXIN, *Derecho Penal*, cit. pp. 342 y ss.; GÜNTHER JAKOBS, *Derecho penal*, cit. pp. 222 y ss. Sobre la concepción de la imputación objetiva de estos dos autores, en la doctrina colombiana, CLAUDIA LÓPEZ DÍAZ, *Introducción a la imputación objetiva*, cit. pp. 196.

¹³² ALFONSO REYES ECHANDÍA, *Derecho Penal colombiano*, cit. p. 152-153.

causalmente todos aquellos que pueden vincularse al mecanismo subjetivo, puesto que cuando el resultado no puede vincularse causalmente al sujeto conforme al contenido de la ley, no le es atribuible¹³³. PÉREZ entendía por relación causal aquella que existe entre causa y efecto. Esta relación consiste en que todo resultado es provocado por alguien, como persona humana, de lo cual se deduce que la relación “que en el derecho penal es psicológica”, se explica por la teoría de la causa adecuada: lo que decide en cada caso es la causa normalmente adecuada para dar el efecto concretamente ocurrido. De manera que si sobreviene algo anómalo se rompe el nexo, jurídico antes que el natural o lógico¹³⁴. Similar opinión tenía ROMERO SOTO, quien acogía la teoría de la causalidad adecuada no obstante concebía, para los casos dudosos, la doctrina de la equivalencia de las condiciones templada por los conceptos de tipicidad y culpabilidad¹³⁵, o sea, que el agente sea responsable de todos los resultados que produzca su actuación, siempre que haya obrado típica y culpablemente, y con tal que en la producción de esos resultados no pueda prescindirse de dicho agente.

Debe decirse que con la entrada en vigencia del C.P. de 1980 se contempló un artículo dedicado específicamente al tema del nexo de causalidad, en contra de voces discrepantes que no consentían su definición legal. El artículo del derogado C.P. de 1980 dijo lo siguiente:

Art. 21. Causalidad. Nadie podrá ser condenado por un hecho punible, si el resultado del cual depende la existencia de éste, no es consecuencia de su acción u omisión.

Cuando se tiene el deber jurídico de impedir el resultado, no evitarlo, pudiendo hacerlo, equivale a producirlo.

La redacción de la norma no significaba que se hubiera tomado partido en favor de algunas de las teorías que buscan resolver el intrincado problema (de la equivalencia, de la causalidad adecuada, etc.¹³⁶), ni mucho menos que la sola constatación de una relación de

¹³³ BERNARDO GAITÁN MAHECHA, *Curso de Derecho Penal General*, cit. pp. 108-109.

¹³⁴ LUIS CARLOS PÉREZ, *Tratado de Derecho Penal*, t. I, cit. pp. 513-520.

¹³⁵ LUIS ENRIQUE ROMERO SOTO, *Derecho Penal*, vol. I, cit. pp. 305-308.

¹³⁶ “No se adhirió a la tesis de la *conditio sine que non* de VON BURI, ni a la del equilibrio de BINDING; ni a la de la causalidad adecuada del biólogo VON KRIES; ni a la de la condición calificada por el peligro de GRISPIGNI; ni a la de la causalidad eficiente de STOPPATO, MANZINI, DE MARSICO, LONGHI, MÜLLER; ni a la de causalidad humana de ANTOLISEI; ni a la de causa razonable

causalidad entre acción y el resultado alcance para la relevancia jurídico penal del resultado. Tal norma contempló una técnica amplia que permitía dar una solución adecuada al nexo que debe correr entre el hecho y el resultado, es decir, con esa norma se pretendía que la causalidad fuera un requisito mínimo, irrenunciable para imputar un resultado y que se reconociera “la necesidad del principio de causalidad material en la *estructura de algunos delitos*”¹³⁷. En relación con lo anterior, SERVIO TULIO RUIZ llamó al nexo de causalidad “la relación material que media entre la conducta y el resultado, en virtud del cual se le puede atribuir dicho resultado a un sujeto como a su causa”. De esta manera para que un resultado se considerase la consecuencia de una acción u omisión es preciso que en el momento del hecho tal persona haya puesto un antecedente o condición calificada de ese resultado, el cual se determina y se considera por la relevante posibilidad (idoneidad) para ocasionarlo. Esta idoneidad, dice, se establece con base a criterios ciertos, concretos y reales, vale decir, con un criterio *ex ante*. Así las cosas, expresamente adoptó la teoría de la condición calificada por el peligro (de su maestro GRISPIGNI en Italia)¹³⁸ y afirmó que el nexo de causalidad solo tiene aplicación en aquellos delitos en que se exige, para su estructura típica, la verificación de un resultado¹³⁹. Por su parte, el profesor Estrada VÉLEZ expuso que el problema causal sólo se presenta “en los tipos penales materiales o de evento” y no en aquellos en que “no existe una prohibición legal de resultado”¹⁴⁰. Afirmó que, tradicionalmente, la jurisprudencia nacional ha aceptado el criterio de la causalidad adecuada, aunque en algunos casos ha aplicado también la doctrina de la equivalencia de las condiciones y admitiendo las tremendas dudas que se presentan en el análisis de la cuestión causal, concibió a la teoría de la condición calificada por el peligro como la adecuada para resolver, en concepto general, la mayoría de los problemas prácticos del sistema penal¹⁴¹. Cabe aclarar que el nexo causal al que se referían estos autores no era un nexo de índole jurídica. Era un nexo de índole naturalista porque respondía a inquietudes

de SOLER; ni a ninguna otra...”. PROYECTO DE CÓDIGO PENAL COLOMBIANO, 1978, cit. p. 147; también, RAMÓN ACEVEDO BLANCO, *Manual de Derecho Penal*, Bogotá, Temis, 1983, pp. 43-44.

¹³⁷ PROYECTO DE CÓDIGO PENAL COLOMBIANO, 1978, cit. p. 147. Resaltado fuera del texto.

¹³⁸ SERVIO TULIO RUIZ, *Teoría del Hecho Punible*, cit. pp. 168-170; también, *La estructura del Delito en el Derecho Penal colombiano*, cit. p. 57; del mismo: *La concepción del delito en el Código Penal*, cit. pp. 24-25.

¹³⁹ SERVIO TULIO RUIZ, *La estructura del Delito en el Derecho Penal colombiano*, cit. p. 47.

¹⁴⁰ FEDERICO ESTRADA VÉLEZ, *Manual de Derecho Penal*, cit. p. 164.

¹⁴¹ *Ibíd.* cit. pp. 177-178; del mismo, *Derecho Penal*, cit. pp. 129-130.

filosóficas que, en definitiva, remitían a una primera causa u origen de fenómenos o de nociones múltiples y sucesivas¹⁴². Por tal motivo, PÉREZ sostuvo que con la introducción del art. 21 del C.P. de 1980, la relación entre la acción y el resultado (relación de causa a efecto o relación de causalidad o vínculo de unión entre aquella y éste) permitió, desde el punto de vista jurídico, la imputación del resultado al sujeto agente de la acción. Esta imputación del resultado al autor de la acción que lo ha ocasionado es, por tanto, un problema adicional que detallar. Al respecto sostuvo,

El art. 21 no enfoca la causalidad material sino como la expresión de la causalidad jurídica. Mejor, podría afirmarse que, aunque lo parezca, esa norma se refiere a la causalidad jurídica, pues le pone una consecuencia que solo vale ante el derecho: “Nadie puede ser condenado”. Si el artículo invoca un resultado jurídico tan específico como es la pena, o la condena, no puede sostenerse que plantea exclusivamente la causalidad material¹⁴³.

De este modo, discurrió en Colombia el entendimiento de la teoría del nexo causal como fundamento de toda imputación al tipo objetivo: “el primer presupuesto de la realización del tipo es siempre que el autor haya causado el resultado”, pues de la causalidad de una conducta para el resultado típico aún no se ha realizado el tipo (puede que dicho vínculo sea insuficiente a efectos de imputar el resultado a la acción¹⁴⁴). Esto significa que a una persona solo le puede ser imputado aquello que, según HEGEL, constituya su obra, y no aquello que sea resultado de la simple causalidad. En forma general, el resultado causado por el agente sólo se puede imputar al tipo objetivo si la conducta del autor ha creado un peligro para el bien jurídico no cubierto por un riesgo permitido y ese peligro también se ha realizado en el resultado concreto; y, excepcionalmente, puede desaparecer la imputación si el alcance del tipo no abarca la evitación de tales peligros y sus repercusiones¹⁴⁵. La “moderna” interpretación del juicio de imputación, despojando de gran peso los contenidos exclusivamente naturalísticos, permitió superar los inconvenientes derivados de las teorías causales y edificar una reelaboración del

¹⁴² LUIS CARLOS PÉREZ, *Manual de Derecho Penal*, Partes general y especial, cit. pp. 131-132.

¹⁴³ *Ibíd.* cit. p. 131.

¹⁴⁴ Por todos, CLAUS ROXIN, *Derecho Penal*, cit. p. 346.

¹⁴⁵ *Ibíd.*, cit. 363-364.

concepto de imputación sobre consideraciones valorativas. No se trata ya de establecer cuando un resultado material pertenece causalmente a la acción desplegada por el agente, sino de determinar las condiciones en las cuales un resultado cualquiera, tomado en su sentido jurídico específico (de ofensa al bien o interés tutelado por el correspondiente tipo penal) puede ser imputado al autor, atendiendo de modo preponderante a la creación de un riesgo y a la materialización del riesgo en el resultado dentro del fin o ámbito de protección de la norma. En orden a lo anterior, un resultado podrá serle objetivamente imputado a un individuo, cuando él haya creado un riesgo jurídicamente desaprobado y ese riesgo se haya realizado en un resultado. En virtud de esto último, como todos los delitos (comisivos de resultado) son conductas regidas por la causalidad física, esto es, suponen inescindiblemente modificaciones del mundo exterior, en todo delito de este tipo existe causalidad como fenómeno físico (no jurídico) y cada una de esas conductas supone siempre un resultado. Al respecto, dice REYES ALVARADO:

Si bien es innegable que siendo cada delito una conducta humana que presupone en el plano físico la existencia de una relación de causalidad, también en menester reconocer que su presencia no basta por sí misma para la deducción de la responsabilidad penal, dado que no todas las acciones ni todos los resultados interesan al derecho penal. No existe entonces una reciprocidad entre los fenómenos de la causalidad y la responsabilidad penal pues si bien todo juicio de responsabilidad supone necesariamente la existencia previa de una causalidad que (contra lo que algunos piensan) no puede ser suplida por una teoría de la imputación, no toda relación causal conduce inevitablemente al reconocimiento de un reproche penal, o dicho en otras palabras, la causalidad es una condición mínima pero no suficiente de responsabilidad¹⁴⁶.

Lo anterior explica por qué el art. 9 señala que “la causalidad por sí sola no basta para la imputación jurídica del resultado”, significando con ello que el nexo causal no es suficiente para que pueda atribuirse un resultado al agente. En este tipo de delitos en

¹⁴⁶ YESID REYES ALVARADO, *Imputación objetiva*, cit. pp. 40-41; reconocen que la causalidad es una condición mínima pero no suficiente de responsabilidad: FERNANDO VELÁSQUEZ V., *Manual de Derecho Penal*, cit. p. 274; JUAN FERNÁNDEZ CARRASQUILLA, *Derecho Penal Fundamental*, 2ª edición, vol. II, 1989, cit. pp. 142-143; JESÚS ORLANDO GÓMEZ LÓPEZ, *Teoría del Delito*, cit. pp. 229-233; EUGENIO FERNÁNDEZ CARLIER, *Estructura de la tipicidad penal*, Bogotá, Ibáñez, 1999, pp. 207 y ss.; GERARDO BARBOSA CASTILLO, “Lección 13. Teoría del delito. Tipo objetivo”, en *Lecciones de Derecho Penal*, Parte General, 2ª edición, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2011, pp. 214 y ss.

comento no se prescinde de la relación de causalidad porque ella es considerada como un inicio de imputación al cual se añade, necesariamente, la creación del riesgo jurídicamente desaprobado y la concreción del resultado como consecuencia de ese riesgo. Desde luego, para determinar si un resultado es imputable al agente, primero ha debido establecerse la existencia de un nexo causal entre la acción y el resultado; sólo después de afirmada dicha causalidad cabe valorar si dicha conducta debe atribuirse también al sujeto como obra suya, es decir, si le es objetivamente imputable. En este sentido, la imputación objetiva no es un concepto que sustituya la causalidad sino que la complementa, restringiendo el ámbito de los comportamientos objetivamente típicos. Por supuesto ello sólo es así en los delitos de acción y de resultado, pues en los delitos de omisión sólo cabe hablar, a lo sumo, de una causalidad hipotética, por lo que en estos casos las razones que permiten atribuir jurídicamente un resultado al agente no se fundamentan en relaciones de causalidad sino en criterios jurídicos¹⁴⁷; así, puede ser que un sujeto no haya causado el resultado, pero el derecho penal se lo carga cuando tiene la obligación jurídica de evitar un resultado y pudiendo evitarlo, no lo evitó¹⁴⁸. De igual modo, en los delitos de mera conducta tampoco se exige causalidad, pero por la simple razón de que en ellos el resultado no interesa a efectos del juicio de tipicidad¹⁴⁹. Sobre la causalidad, entonces, es dable colegir, en principio, que si la relación entre conducta y resultado es causal, ella no basta para imputar jurídicamente la comisión de un hecho. El plano naturalístico debe diferenciarse del plano valorativo o “normativo” en que se desarrolla la conducta humana sin que con esto se desconozca la importancia de cada uno. En todo caso, la persona a la cual se imputa un resultado debió haber contribuido a generar el resultado típico porque resultaría contrario a un sistema de derecho penal de acto, atribuir resultados respecto del cual no existe ninguna relación con la conducta de la persona¹⁵⁰. Para poder atribuir un resultado a una persona como producto de su acción, es necesario determinar si aquél aparece ligado a ésta por una conexión o enlace, de tal manera que se pueda predicar la existencia de un vínculo de imputación entre uno y otra, no sólo desde un punto de vista naturalístico sino también jurídico; en palabras de VELÁSQUEZ, se requiere la comprobación de una doble exigencia a

¹⁴⁷ JESCHECK / WEIGEND, *Tratado de Derecho Penal*, cit. pp. 665-668.

¹⁴⁸ JESÚS ORLANDO GÓMEZ LÓPEZ, *Teoría del Delito*, cit. p. 233-234.

¹⁴⁹ Cfr. MARÍA ACALE SÁNCHEZ, *El tipo de injusto en los delitos de mera actividad*, Granada, Comares, 2001, pp. 254 y ss.

¹⁵⁰ JESÚS ORLANDO GÓMEZ LÓPEZ, *Teoría del Delito*, cit. p. 230.

la manera de un edificio de dos niveles, que muy bien podrían integrarse en una sola construcción: una, lógica o naturalística, o sea la causalidad y otra, consistente en un vínculo de naturaleza normativa, que gira en torno a la idea de riesgo desaprobado y realizado, esto es, la imputación objetiva¹⁵¹. Esta construcción dual la condensa en una SALAZAR MARÍN:

La causalidad y la valoración, o causalismo y teleológismo no deben continuar, como dos líneas paralelas sin encuentro posible; la causalidad no es primero y la valoración es después: ellas son simultáneas; en consecuencia no es legítimo ni verdadero un discurso a solas de la imputación objetiva. Al lado suyo se requiere la causalidad seguida de su significación. Pero en lugar de sumar causalidad y significación, es la dialéctica la que permite integrarlas y unir las en un mismo pie de igualdad. Luego el manejo de la imputación debe ser objetivo-subjetivo, esto es, la imputación “va” hasta la culpabilidad, o mejor “empieza” por ella¹⁵².

Llama la atención que la exposición de motivos al proyecto de Ley por la cual se expidió el C.P. vigente mencione que la “imputación aquí es jurídica y no naturalística”¹⁵³, con la clara intención de desistir del plano natural (causal) e introducir la “novedosa” exigencia de la imputación; ¿La causalidad, entonces, no es un requisito mínimo de relevancia penal? ¿En la cláusula del art. 9 “la imputación jurídica del resultado” prescinde de la comprobación del nexo causal? ¿Significa esto que el art.9 acoge la teoría de la imputación objetiva? O acaso ¿La disposición comporta la adopción de un sistema funcionalista del derecho penal?

Al respecto apunta AGUDELO BETANCUR que frente a la definición del delito como acción típica, antijurídica y culpable pueden corresponder distintos conceptos “según el contenido que se le da a las distintas expresiones con las que se califica la conducta, es decir, a las expresiones tipicidad, antijuridicidad y culpabilidad”¹⁵⁴; entonces, es perfectamente posible asumir un esquema naturalista, neoclásico, finalista o funcionalista del delito en el que sin embargo se realice un proceso de imputación jurídica del resultado a

¹⁵¹ FERNANDO VELÁSQUEZ V., *Manual de Derecho Penal*, cit. p. 274.

¹⁵² MARIO SALAZAR MARÍN, *Teoría del delito*, cit. pp. 235-236 y 244.

¹⁵³ PROYECTO DE LEY POR LA CUAL SE EXPIDE EL CÓDIGO PENAL, cit. p. 17.

¹⁵⁴ Cfr. NODIER AGUDELO BETANCUR, *La estructura del delito en el nuevo Código Penal*, Bogotá, universidad Externado de Colombia, 2004, p. 190.

efectos de determinar la responsabilidad penal. No resulta acertado colegir de la inclusión de la cláusula de imputación jurídica del resultado el cierre a determinado concepto del delito por cuanto unos y otros pueden incluir una imputación jurídica del resultado. Para el profesor GÓMEZ PAVAJEAU, esto no significa que “se haya consagrado sin más la teoría de la imputación objetiva, habida cuenta que se habla es de imputación jurídica del resultado”, o que se “cierren las puertas a su desarrollo, toda vez que la misión de establecer la ubicación de un Código Penal en determinada corriente dogmática es más propia de la doctrina y la jurisprudencia que de la ley”¹⁵⁵. Por ello, la cláusula de la imputación jurídica del art. 9 del C.P. no implica la adopción de la teoría de la imputación objetiva pues es sabido que la imputación objetiva, cuyo antecedente más antiguo se debe a HEGEL, ha sido objeto de elaboraciones y reelaboraciones al punto que su máximo exponente (ROXIN) la concibe en estado de gestación: “sus resultados aún están sin asegurar en muchos aspectos”¹⁵⁶. Otra cosa es señalar que la cláusula predomina en el pensamiento nacional desde distintas ópticas: desde una óptica causalista, como imputación del resultado al tipo objetivo; desde el finalismo, como un conjunto de criterios normativos de adscripción del resultado al dolo del tipo; desde el funcionalismo moderado (ROXIN) como la realización de un peligro creado por el autor y no cubierto por un riesgo permitido dentro del alcance del tipo; y desde una óptica que integra la creación del riesgo jurídicamente desaprobado y la realización de ese riesgo, al estilo del funcionalismo radical (JAKOBS), según las interpretaciones, entre nosotros, de REYES ALVARADO ¹⁵⁷, GROSSO GARCÍA ¹⁵⁸, MONTEALEGRE LYNETT¹⁵⁹, entre otros. Si bien la causalidad solo tiene relevancia jurídica en un reducido número de delitos¹⁶⁰ y aún dentro de estos no determina *per se* la responsabilidad penal, cuando la norma dice que ella por sí sola “no basta para la atribución jurídica del resultado” significa que debe constatarse en los procesos delictuales que sea posible, como requisito mínimo pero no suficiente, un nexo causal entre la acción

¹⁵⁵ CARLOS ARTURO GÓMEZ PAVAJEAU, *Constitución, derechos fundamentales y dogmática penal*, cit. pp. 51-52.

¹⁵⁶ CLAUS ROXIN, *Derecho penal*, cit. p. 363.

¹⁵⁷ YESID REYES ALVARADO, *Imputación objetiva*, cit. pp.65-74.

¹⁵⁸ MANUEL SALVADOR GROSSO GARCÍA, *El concepto del delito en el Código Penal*, cit. p. 168.

¹⁵⁹ EDUARDO MONTEALEGRE LYNETT, “Estudio introductorio a la obra de Günther Jakobs”, en *El funcionalismo en Derecho penal*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2003, p. 29.

¹⁶⁰ ENRIQUE GIMBERNAT ORDEIG, “La causalidad en Derecho penal”, en *ADPCP*, t. XV, fasc. III, Septiembre-Diciembre 1962, pp. 543-544.

desplegada por el sujeto y el resultado jurídico-penalmente relevante¹⁶¹; no siempre la relación entre conducta y resultado será causal así como no basta la relación de causalidad para imputar la comisión de un hecho típico y tampoco para responsabilizar por el resultado. En otras palabras, existen casos en los que la imputación se presenta a pesar de no existir relación de causalidad entre el resultado y la acción (v.gr. los delitos de omisión impropia) y desde luego, diferentes formas típicas en las cuales la atribución del resultado al agente se funda por la existencia de un nexo de causalidad y de imputación jurídica.

En definitiva, la disposición contenida en el segundo inc. segundo del art. 9 (regida por valoraciones filosóficas del teleologismo neokantiano y cuyo un aporte crucial es la afirmación Hegeliana de que a una persona solo le puede ser imputado aquello que constituya su obra, aquello que en una conducta puede ser reconocido como mío, y no aquello que sea resultado de la simple causalidad, de la mala suerte o del destino), se sustenta en normas de índole superior que condicionan la validez de las demás normas penales, les dan contenido, alcance y validez. Una de tales disposiciones es el principio de auto-responsabilidad, de acuerdo con el cual cada individuo debe responder por sus propias actuaciones y no por las conductas de los demás¹⁶², principio que si bien no está consagrado expresamente en el orden nacional, se deduce de otros reconocidos como el principio del acto, de personalidad y responsabilidad subjetiva. Como corolario de lo anterior, el inciso segundo del art. 9 tiene como necesario punto de partida los lineamientos establecidos en la Const. Pol., y los convenios internacionales sobre Derechos humanos, en la medida en que allí se determinan garantías, principios y límites valorativos para que el legislador amolde sus regulaciones y definiciones legales¹⁶³ y con ello, impida que se responsabilice a un sujeto por hechos fortuitos, de otra persona o que no están dentro de su ámbito o esfera de dominio. Necesariamente, la prohibición de responsabilidad por los hechos ajenos, la prohibición de responsabilidad colectiva y la negativa de la responsabilidad objetiva son valoraciones que trata de evitar la cláusula contentiva en el artículo 9.

¹⁶¹ “No cabe duda de que la causalidad es una exigencia trascendental –lo que no significa...que tenga el carácter de categoría absoluta que ya nadie le atribuye- en el estado actual del conocimiento humano”. FERNANDO VELÁSQUEZ V., *Derecho Penal*, cit. p. 581.

¹⁶² Al respecto de este principio, con amplia bibliografía, véase: YESID REYES ALVARADO, *Imputación objetiva*, cit. pp.52-53.

¹⁶³ JESÚS ORLADO GÓMEZ LÓPEZ, *Teoría del delito*, cit. p. 15.

4. Ubicación sistemática del dolo.

a) Importancia sistemática de la ubicación del dolo en la teoría del delito.

Hablar de la ubicación del dolo en la teoría del delito exige valorar la necesidad de construir una “sistemática” en el Derecho penal. Sin duda, el pensamiento sistemático constituye actualmente una de las más grandes “exportaciones” de la ciencia jurídica. Esta construcción, hecha con pretensiones de validez universal y asumida por la casi totalidad de la comunidad científica, primordialmente satisface una función de ordenación y regulación del saber jurídico. En el transcurso de la evolución científica del derecho penal ha permitido ordenar, clasificar y canalizar las definiciones que se han conformado a través de la búsqueda por el concepto del delito¹⁶⁴. La ciencia penal del naturalismo, que dominó el pensamiento científico de finales del siglo XIX, definió el delito como acción (comportamiento dominado por la voluntad) típica, antijurídica y culpable, elementos que aún hoy constituyen las bases del derecho penal. El sistema, dividido en aspecto objetivo (tipicidad y antijuridicidad) y subjetivo (culpabilidad) no incorporaba juicios valorativos (LISZT y BELING); el naturalismo no solo creó los niveles sistemáticos de “la acción, tipicidad, antijuridicidad y culpabilidad”, sino que además fue el responsable de muchos contenidos de la dogmática penal que hoy se siguen manteniendo. En este concepto del delito el aspecto subjetivo (caracterizado por culpabilidad psicológica) consistía en la relación psíquica del autor con su hecho y aparecía en dos formas diferentes: a la manera de dolo o de imprudencia. El dolo se ubicaba en el aspecto subjetivo del delito como una forma de culpabilidad¹⁶⁵. Desde luego, no tardó en aparecer una reiterada refutación científica que puso en duda esta inicial ubicación del dolo en la culpabilidad.

En primer lugar, la incursión del neokantismo propició que los niveles sistemáticos

¹⁶⁴ Sobre el valor y necesidad de una construcción sistemática en derecho penal: BERND SCHÜNEMANN, “Introducción al razonamiento sistemático en Derecho Penal”, en *El sistema moderno del derecho penal: cuestiones fundamentales*, Madrid, Tecnos, 1991, pp. 31 y ss.

¹⁶⁵ Una exposición sistemática de la evolución de los diversos conceptos del delito puede verse en: CLAUS ROXIN, *Derecho Penal*, cit. pp. 196 y ss.; JESCHECK / WEIGEND, *Tratado de Derecho Penal*, cit. pp. 214 y ss.; MIR PUIG, *Introducción a las bases del Derecho penal*, cit. pp. 153 y ss.; FRANCISCO MUÑOZ CONDE, *Introducción al Derecho penal*, cit. pp. 255 y ss.; NODIER AGUDELO BETANCUR, *Curso de Derecho Penal*, cit. pp. 45 y ss.; FERNANDO VELÁSQUEZ V., *Derecho penal*, cit. pp. 359 y ss.; JESÚS ORLANDO GÓMEZ LÓPEZ, *Teoría del delito*, cit. pp. 75 y ss.; JUAN FERNÁNDEZ CARRASQUILLA, *Derecho penal fundamental 1*, cit. pp. 333 y ss.

se influenciaron por una dimensión valorativa; así, v.gr. el elemento de la culpabilidad experimentó una nueva interpretación porque se complementó el concepto psicológico de la culpabilidad por un concepto de naturaleza normativa. El entendimiento de la culpabilidad como relación psíquica del autor con su hecho (incapaz de solucionar problemas como el de la imprudencia inconsciente) fue complementado por el criterio rector de la “reprochabilidad” de REINHARD FRANK. En segundo lugar, el criterio naturalista de división entre aspecto objetivo y subjetivo sufrió un menoscabo cuando HEGLER y MEZGER demostraron la existencia de elementos subjetivos del tipo. Por consiguiente, la delimitación entre los aspectos meramente objetivos del tipo y los subjetivos de la culpabilidad empezó a tomar nuevos rumbos. Tanto en el tipo como en la culpabilidad se reconoció la concurrencia de elementos de carácter objetivo y subjetivo, no obstante, el dolo y la imprudencia continuaron incluyéndose en el plano sistemático de la culpabilidad, ya no como formas sino a manera de elementos. En tercer lugar, el punto de partida teórico del finalismo (marcado por la introducción de estructuras lógico objetivas que existen de modo previo al derecho y que no pueden ser modificadas por éste) contribuyó a que la ciencia del derecho penal “pasara” al dolo como elemento central del tipo (ahora objetivo y subjetivo) complementado en determinados delitos por los elementos subjetivos del tipo¹⁶⁶. De la mano de lo anterior, se produjo un “vaciamiento” del concepto de culpabilidad, ahora concentrada en torno a la reprochabilidad del hecho a partir del conocimiento potencial de la prohibición y se cambió el nivel sistemático que regía en el sistema neoclásico (objetivo-subjetivo) por el de “objeto de la valoración” y la “valoración del objeto”. Esto implicó el desplazamiento del dolo natural al tipo, atribuyendo la conciencia de la antijuridicidad a la culpabilidad y no al tipo subjetivo, de modo tal que el “error sobre la prohibición” excluía la culpabilidad más no el dolo. A partir de entonces, se irrumpió el andamiaje neoclásico que ubicaba el contenido de la voluntad en la culpabilidad y confundía el objeto valorado con su valoración¹⁶⁷. El dolo, entendido como conciencia y voluntad de la realización de los elementos objetivos del tipo, pasó a ser también un elemento subjetivo de lo injusto de los delitos dolosos y se incluyó en el tipo como consecuencia de la función de motivación que cumple el tipo. Si bien la inclusión del dolo en el tipo de lo injusto de los delitos dolosos

¹⁶⁶ JUAN FERNÁNDEZ CARRASQUILLA, *Derecho Penal fundamental I*, cit. p. 453.

¹⁶⁷ FERNANDO VELÁSQUEZ V., *Derecho Penal*, cit. 2009, p. 485.

provino del concepto final de la acción¹⁶⁸, en realidad, la función de motivación del tipo (que corresponde no sólo al tipo de lo injusto sino a toda la figura de delito y que es consecuencia del carácter preventivo del Derecho penal), permitió que en el tipo tuvieran “cabida todos los elementos que integran la descripción de la conducta cuya no comisión se quiere motivar. La problemática de qué es lo que pertenece al tipo es la problemática de cuál es la conducta que el legislador quiere evitar”¹⁶⁹.

Excurso. Función de la norma penal: Los planteamientos que explican el papel que cumple la norma penal han sido tradicionalmente dos: el primero, le ha asignado una función de valoración, mientras el segundo la ha entendido como norma de determinación. Esta última guarda relación con la función de motivación o actitud de los ciudadanos frente al imperativo legal, que como principio general, está contenido en ella. MIR PIUG destaca la relación entre la concepción de la norma como norma de determinación y la teoría de la motivación así: “La norma penal opera apelando a la motivación del ciudadano, amenazándole con el mal de la pena para inclinar su decisión en favor del derecho y en contra del delito”¹⁷⁰. La teoría de la motivación, para SILVA SÁNCHEZ, tiene una vinculación clara con la idea de que la norma penal contiene un mandato o una prohibición, dirigidos al sujeto con la pretensión de orientar la conducta del mismo, mediante la introducción de motivos sensibles en el proceso de decisión del destinatario tendentes a conseguir evitar en él la elección del delito. La teoría de la motivación ubica el modo de operación del derecho,

¹⁶⁸ HANS WELZEL, *El nuevo sistema del Derecho penal*, cit. pp. 40 y ss.; JOSÉ CEREZO MIR, *Curso de derecho penal español*, cit. p. 124.

¹⁶⁹ Cfr. ENRIQUE GIMBERNAT, “El sistema del Derecho penal en la actualidad”, en *Estudios de Derecho penal*, Madrid, 1976, p. 94; EMILIO BORJA JIMÉNEZ “Algunas reflexiones sobre el objeto, sistema y la función ideológica del derecho penal”, en *Homenaje al Dr. Marino Barbero Santos in memoriam*, vol. 1, dirigido por ARROYO ZAPATERO-BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE, Salamanca, Universidad de Castilla-La Mancha, Universidad de Salamanca, 2001, p. 868; “Más aún, si a través del tipo pretende el legislador describir la conducta que quiere que los miembros de una comunidad se abstengan de realizar, tendrá que exteriorizar el mayor o menor desvalor que tal comportamiento le merece, lo que sólo se logra si el dolo y la imprudencia aparecen incorporados al tipo, pues que el comportamiento sea doloso o imprudente implica un mayor o un menor desvalor del hecho; es decir, que el dolo forme parte del tipo no se deriva, como pretendía el finalismo, del concepto ontológico y no valorado de la acción, sino de la función que pretende cumplimentarse a través del tipo”; ver también IGNACIO BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE, “El contenido del tipo del injusto”, en *Alé-Kumá revista jurídica*, No.12, mayo-agosto, Neiva, Universidad Cooperativa de Colombia, 2001, pp. 28-29.

¹⁷⁰ SANTIAGO MIR PIUG, *Introducción a las bases del Derecho Penal*, cit. p. 45.

El cual espera que las normas reforzadas por la amenaza de pena tengan sobre los diferentes sujetos un efecto disuasorio respecto de la realización de conductas delictivas. Esto no pretende negar que haya formas de protección de bienes jurídicos que no presupongan la motivación; simplemente, se trata de poner de relieve que la forma en que el derecho penal cumple su misión de protección es la prevención vía motivación¹⁷¹.

El carácter exclusivo de norma de determinación frente al núcleo del injusto (desvalor de acción y resultado, ubicación sistemática del dolo, etc.) según MIR PIUG, ha dado lugar a que “la norma únicamente puede motivar a la realización de conductas, y por consiguiente, sean éstas (y no la eventual producción de resultados) las únicas que pueden constituir materia de prohibición, no el acaecimiento de resultados; para que esto último suceda, normalmente intervendrá una serie de circunstancias (procesos causales) que como regla general no se puede afirmar que sean controlables por el sujeto”¹⁷². Por otro lado, en el privilegio de la función de valoración de la norma, asociado a la producción del resultado lesivo para el bien jurídico, carece de sentido la prohibición y amenaza de pena para una conducta que no fuera susceptible de ser considerada “muy negativa socialmente”, dado que cuando se habla de la función de valoración de la norma lo que se entiende por valoración es un presupuesto y un elemento presente en la creación de la norma, es decir, una función constituyente de un desvalor que se predica de la conducta al tipificarla, pero sólo frente aquellas caracterizadas por su dañosidad social¹⁷³. Desde luego, la consecuencia que de manera general se ha derivado de la aceptación de la teoría de la motivación es la pertenencia del dolo y la culpa al injusto penal.

b) Ubicación sistemática del dolo en la doctrina penal colombiana.

En la doctrina penal nacional el dolo se ha ubicado en sede del injusto o de la culpabilidad. La culpabilidad, como juicio de reproche respecto de una conducta humana se manifestaba en forma de dolo o culpa según GAITÁN MAHECHA. Señala el profesor que el juicio de reproche consiste esencialmente en valorar las condiciones subjetivas del autor en el momento de obrar, supuesta su capacidad de entender y de querer. Cuando el sujeto ha

¹⁷¹ SILVA SÁNCHEZ, *Aproximación al Derecho Penal*, cit. p. 354.

¹⁷² SANTIAGO MIR PIUG, *Derecho penal*, 9ª edición, cit. pp. 68 y ss.

¹⁷³ ALFONSO CADAVID QUINTERO, *Introducción a la teoría del delito*, cit. pp. 194-195.

obrado de modo que su voluntad consciente ha estado dirigida a la producción del resultado antijurídico, ese sujeto es culpable a título de dolo. Cuando el resultado antijurídico ha sido el producto de la imprevisión, por no haberlo previsto estando en capacidad de preverlo o por haberlo previsto pero haber creído que no se produciría, hay culpabilidad a título de culpa. Por lo anterior, dice, dolo y culpa son especies de la culpabilidad¹⁷⁴. Igualmente, REYES ECHANDÍA afrontó los problemas del dolo y la culpa en la culpabilidad¹⁷⁵. Como especies de culpabilidad, concibió al primero como la actitud de la voluntad dirigida conscientemente a la realización de conducta típica y antijurídica y a la segunda, como la actitud consciente de la voluntad que determina la verificación de un hecho típico y antijurídico por omisión del deber de cuidado que le era exigible al agente de acuerdo con sus condiciones personales y las circunstancias en que actuó¹⁷⁶. De igual forma, el dolo sigue siendo la máxima expresión de la culpabilidad o referibilidad síquica para SERVIO TULIO RUIZ. Este autor entendía por dolo “cuando el sujeto se representó y quiso el comportamiento ordenado o prohibido en la ley penal” y por culpa, una segunda forma de referibilidad síquica o elemento subjetivo del delito diferente e inferior al dolo¹⁷⁷. Aun así, habla de dolo y culpa como formas de culpabilidad¹⁷⁸. Dolo y culpa son formas de culpabilidad para PÉREZ (“el agente delictivo es culpable a título de dolo o culpa”¹⁷⁹), ESTRADA VÉLEZ (“las formas de manifestación o especies de la culpabilidad son el dolo y la culpa”¹⁸⁰), ROMERO SOTO (“el dolo es considerado por unos como la forma más perfecta de culpabilidad”¹⁸¹), PÁEZ POLO¹⁸², PÉREZ PINZÓN¹⁸³, ANTONIO VICENTE ARENAS¹⁸⁴,

¹⁷⁴ GAITÁN MAHECHA, *Curso de Derecho Penal General*, cit. pp. 157-159.

¹⁷⁵ Estudia las concepciones de REYES ECHANDÍA sobre el papel del dolo y la imprudencia: YESID REYES ALVARADO, “La ubicación del dolo y la imprudencia en una concepción normativa de la teoría del delito”, en *Dogmática y Criminología*, dos visiones complementarias del fenómeno delictivo, Bogotá, Legis, pp. 515-540.

¹⁷⁶ REYES ECHANDÍA, *Derecho Penal*, cit. 1977, pp. 245-255. En obras anteriores entendía que el dolo y culpa como formas de culpabilidad: REYES ECHANDÍA, *Derecho Penal colombiano*, cit. 1964, p. 200.

¹⁷⁷ SERVIO TULIO RUIZ, *La estructura del delito*, cit. p. 131-143.

¹⁷⁸ SERVIO TULIO RUIZ, *La concepción del delito en el Código Penal*, cit. pp. 76 y ss.

¹⁷⁹ LUIS CARLOS PÉREZ, *Manual de Derecho Penal*, cit. pp. 70-71.

¹⁸⁰ FEDERICO ESTRADA VÉLEZ, *Manual de derecho penal*, cit. p. 190.

¹⁸¹ ROMERO SOTO, *Derecho Penal*, 1969, cit. p. 61.

¹⁸² ESTEBAN PÁEZ POLO, *Derecho Penal General*, cit. p. 265

¹⁸³ ÁLVARO ORLANDO PÉREZ PINZÓN, *Introducción al Derecho Penal*, cit. p. 249.

RIVERA CORREA¹⁸⁵, ACEVEDO BLANCO¹⁸⁶, VARGAS V.¹⁸⁷, BOLÍVAR ACUÑA¹⁸⁸ y PELÁEZ VARGAS¹⁸⁹. Es importante resaltar que estos autores asistían a la consagración del derogado artículo 35 del C.P. de 1980:

Art. 35. Formas. Nadie puede ser penado por un hecho punible, si no lo ha realizado con dolo, culpa o preterintención.

Esta disposición, que se encontraba ubicada formalmente en el capítulo rubricado “Culpabilidad” no hacía referencia a la ubicación analítica del dolo y la culpa, ni a la adopción de una teoría psicológica o normativa de la culpabilidad. Mucho menos a la afiliación del Código a algún esquema en particular. La disposición mencionaba el término “hecho punible”, con lo cual los predicados de lo doloso, lo culposo, o lo preterintencional hacían referencia a él; además se hablaba de “conducta”, con lo cual lo doloso, culposo o preterintencional era la conducta, de suerte que al concebir como “formas de culpabilidad” del hecho punible las “conductas dolosas, culposas, y preterintencionales”, se permitió hablar de tres formas de aparición de la acción punible, al estilo de JESCHECK¹⁹⁰: hecho punible doloso de comisión, hecho culposo de comisión y hecho punible de omisión (doloso y culposo), cada uno de los cuales tiene su propia configuración dentro de las categorías de tipicidad, antijuridicidad, y culpabilidad. Esto supone, como es apenas lógico, ubicar el dolo de los delitos dolosos de comisión en el tipo y no en la culpabilidad. Este dolo es un dolo avalorado, pues la conciencia de la antijuridicidad aparece en sede de culpabilidad¹⁹¹. Desde luego, los nombres que el legislador da a los capítulos y a los artículos sólo tienen una pretensión de “ordenación o sistematización” sin que ello implique

¹⁸⁴ ANTONIO VICENTE ARENAS, *Compendio de Derecho Penal*, 2ª edición, Bogotá, 1978, p. 71; *Derecho Penal colombiano*, Parte General, Bogotá, Universidad Nacional de Colombia, 1964, p. 59.

¹⁸⁵ RODRIGO RIVERA CORREA, *Nociones elementales de Derecho penal*, General y Especial, 1ª edición, Abogados Librería, 1996, pp. 11-12.

¹⁸⁶ RAMÓN ACEVEDO BLANCO, *Manual de Derecho penal*, cit. p. 78.

¹⁸⁷ PEDRO P. VARGAS V., *Derecho penal general, Derecho Penal General*, Objeciones jurídico-gramaticales al Código Penal colombiano, Bogotá, Foro de la Justicia, 1985, p. 213.

¹⁸⁸ MIGUEL BOLÍVAR ACUÑA, *Apuntes de Derecho penal general*, cit. p. 225.

¹⁸⁹ GUSTAVO PELÁEZ VARGAS, *Manual de Derecho penal General*, cit. p. 167.

¹⁹⁰ JESCHECK / WEIGEND, *Tratado de Derecho penal*, cit. pp. 249 y ss.

¹⁹¹ Dice que el art. 35 no afilia el C.P. de 1980 a ninguna tendencia: FERNANDO VELÁSQUEZ V. “El inciso final del art. 40 del C.P. se refiere tanto al error de tipo como al error de prohibición”, en *Nuevo Foro Penal*, No. 19, mayo-junio, Bogotá, Temis, 1983, pp. 306-309.

un valor normativo vinculante. Si bien el art. 35 aparecía situado en el capítulo séptimo titulado “De la culpabilidad”, no es menos cierto que hablaba del hecho punible, con lo cual debía entenderse que se hacía referencia a la forma del hecho punible, esto es, que el hecho punible, como conducta típica, puede ser doloso, culposo o preterintencional y no que esas figuras sean formas de culpabilidad¹⁹². En orden a lo anterior, aquello de lo cual se predica el adjetivo de dolosa, culposa o preterintencional es la “conducta” y no la culpabilidad. La titulación del artículo indujo al error de asimilar la culpabilidad conforme a unas “formas”, cuando en verdad esas formas corresponden al cómo se realiza la conducta. Entonces, dolo, culpa y preterintención no eran formas de culpabilidad, eran formas de conducta y como tales, se encontraban contenidas en el tipo, por ser exigencias normativas para efectos de realizar el juicio de tipicidad¹⁹³. Frente a esto último vale mencionar la opinión del profesor AGUDELO BETANCUR:

Vean ustedes que dentro de la culpabilidad están todavía el dolo y la culpa, pero mientras que en el esquema clásico del delito el dolo y la culpa son grados de culpabilidad porque la culpabilidad es el nexo psicológico que hay entre el hombre y el hecho, en el esquema neoclásico del delito la culpabilidad es dolo y culpa, pero dolo y culpa son formas de culpabilidad. Es distinto decir con el sistema clásico, el dolo y culpa son grados de culpabilidad y ahí se agota el concepto, a afirmar que son formas de culpabilidad junto con los otros conceptos de exigibilidad, imputabilidad, reprochabilidad.

Y seguidamente al afirmar que,

Para la teoría finalista de la acción, la culpabilidad queda como un mero juicio de reproche; tiene como elementos la conciencia de la antijuridicidad o el potencial conocimiento de ella, la imputabilidad y la exigibilidad de la conducta; pero el dolo y la culpa no están ya en la

¹⁹² MIGUEL YACAMÁN YIDI, *Nueva estructura del delito y del error en el Código Penal colombiano*, Bogotá, Temis, 1986, pp. 68-69.

¹⁹³ HERNANDO BARRETO ARDILA y BLANCA NÉLIDA BARRETO ARDILA, “Dolo, culpa y preterintención. Formas de culpabilidad, en *Berbiquí*, Revista del Colegio de Jueces y Fiscales de Antioquía, No. 7, junio, 1997, p. 27.

culpabilidad, sino que, y hablemos particularmente del dolo, está en el campo de la acción¹⁹⁴.

Nótese como el dolo “sale” de la culpabilidad y permanece en la acción típica bajo una óptica finalista. Por eso se dice que el esquema finalista revolucionó toda la estructura del delito al concebir el dolo como la conciencia y voluntad de realizar el tipo, al contrario de los clásicos y neoclásicos que exigían la conciencia de la antijuridicidad. Desde luego, la revolución consistió en que el dolo no fuera parte de la culpabilidad sino del tipo, que no exigiera la conciencia de la antijuridicidad y que se descartara por la existencia de un error sobre los elementos de la descripción legal¹⁹⁵. Desde esta perspectiva, ¿Cómo puede decirse que el dolo está en la culpabilidad bien sea como forma (esquema clásico) o como uno de sus elementos (esquema neoclásico)?

Para el profesor ESTRADA VÉLEZ, una de las repercusiones de la teoría finalista de la acción fue sustraer el dolo de la culpabilidad con lo cual se produjo un “vaciamiento” de ésta, por cuanto se la despojó de la principal forma de manifestación. Empero, dolo y culpa continuaban siendo formas de culpabilidad¹⁹⁶. En efecto,

La atrayente sistematización de las categorías del delito que ha realizado la acción finalista tiene todavía vastas repercusiones en el campo doctrinario. Si es verdad que permite racionalizar teóricamente la concepción del delito, es cierto también que fuera de las dificultades y falencias que presenta, la desnaturalización del dolo hasta convertirlo en un *dolus naturalis*, que no es en sí mismo bueno ni malo desde el punto de vista moral y social, produce efectos contraproducentes y lleva como lo hacen los finalistas, a la concepción de la culpabilidad como un puro juicio de reproche sin bases ni contenido psicológico, lo que a todas luces es injusto e inconveniente¹⁹⁷.

A este propósito, FERNÁNDEZ CARRASQUILLA sostuvo que a partir de la sistemática finalista se trasladó el dolo al tipo subjetivo. En rigor, a partir de DOHNA¹⁹⁸, se escindió el

¹⁹⁴ NODIER AGUDELO BETANCUR, “Diversos contenidos de la estructura del delito”, en *Nuevo Foro Penal*, No. 1, octubre-diciembre, Medellín, 1978, p.13.

¹⁹⁵ NODIER AGUDELO BETANCUR, *Curso de Derecho penal*, cit. pp. 111-113.

¹⁹⁶ FEDERICO ESTRADA VÉLEZ, *Derecho Penal*, cit., p. 304; *Manual de Derecho Penal*, cit. p. 190.

¹⁹⁷ *Ibíd.* cit. p. 316.

¹⁹⁸ DOHNA sostiene la ubicación del dolo en sede del tipo en: “Der Subjektivismus in der Lehre von der Rechtswidrigkeit” en *Monatschrift für Kriminal psychologie und Strafrechtsreform*,

objeto que se valora (objeto de valoración) y la valoración que se hace de ese objeto (valoración del objeto o juicio de valor) y a su vez se permitió admitir al lado del tipo objetivo y como necesario correlato suyo, la existencia de un verdadero tipo subjetivo, al que pertenecían, amén de cualquier otro contenido psicológico de la conducta, el dolo y la culpa, pero en sentido natural o sea sin la “conciencia de la antijuridicidad”, la cual se atribuía a la culpabilidad “normativa” bajo el imperio de la llamada “teoría estricta de la culpabilidad”¹⁹⁹. Este rechazo del esquema divisorio que regía en el sistema neoclásico (objetivo-subjetivo), sustituido por el de “objeto de la valoración” y la “valoración del objeto”, implicó el desplazamiento del dolo natural al tipo, atribuyendo la conciencia de la antijuridicidad a la culpabilidad y no al tipo subjetivo, de tal modo que el “error sobre la prohibición” excluía la culpabilidad, más no el dolo. A partir de entonces, dice VELÁSQUEZ, se resquebrajó todo el andamiaje neoclásico que, al ubicar el contenido de la voluntad en la culpabilidad, confundía el objeto valorado con su valoración²⁰⁰. Con razón, la dogmática reciente se mueve entre los esquemas neoclásicos y finalistas, no obstante algunos autores se esfuercen por lograr una síntesis en la que se rechaza la teoría final de la acción, pero se asuma el traslado del dolo y la culpa al tipo subjetivo²⁰¹; lo cierto es que, la actual teoría jurídico-penal del injusto admite tanto al lado del tipo objetivo, uno subjetivo compuesto por el dolo y la culpa. Así, situando el contenido de la voluntad del agente en la acción, el tipo penal se edifica como la descripción concreta de la conducta prohibida, que aparece integrada por una parte objetivada y otra subjetiva, cuyo núcleo es el dolo²⁰².

Conforme a las anteriores consideraciones, la ubicación del dolo en el tipo resulta lógica. GÓMEZ PAVAJEAU ubica el dolo, sin que por el momento ello sea exclusivo, por pertenecer a la conducta, en el ámbito de lo injusto, concretamente en la tipicidad. Igual sucede con el desvalor de acción específico y propio del tipo penal culposo, esto es, la infracción al deber objetivo de cuidado, toda vez que por encontrarse conectado con la

1934, pp. 177 y ss. Cfr. EUGENIO RAÚL ZAFFARONI, “Para la estructuración del sistema del derecho penal”, en *Nuevo Foro Penal*, núm. 13, enero-marzo, Bogotá, Temis, 1982, pp. 567-589; también HELLMUTH VON WEBER, *Lineamientos del Derecho penal alemán*, traducción de la 2ª edición alemana, Buenos Aires, Ediar, 2008, p. 186.

¹⁹⁹ JUAN FERNÁNDEZ CARRASQUILLA, *Derecho penal fundamental I*, cit. p. 453.

²⁰⁰ FERNANDO VELÁSQUEZ V. *Derecho Penal*, cit. p. 485.

²⁰¹ CLAUS ROXIN, *Derecho Penal*, cit. pp. 201-203.

²⁰² JESÚS ORLANDO GÓMEZ LÓPEZ, *Teoría del delito*, cit. p. 261.

conducta y el resultado típico pertenece a la tipicidad²⁰³. Por su parte, el tipo se integra por el dolo o la culpa (lo subjetivo) y por la fase externa o material del acto según GÓMEZ LÓPEZ: ya no se consideran como “formas de culpabilidad” sino como elementos del tipo penal²⁰⁴. Para FERNÁNDEZ CARRASQUILLA, la concepción imperativa de la norma permite concebir el dolo como un elemento del injusto y no de la culpabilidad. Las normas penales sólo pueden mandar o prohibir acciones de esa índole, jamás meros procesos de causación. Siendo ello así, afirma que la infracción de las normas no está constituida esencialmente por la causación de un daño o peligro (lesión) para el bien jurídico, sino por la oposición de la voluntad a los imperativos de las normas sin negar la función valoradora de la norma (que se comienza a subordinar a la función imperativa). De consiguiente, siendo el dolo un elemento de tal voluntad, este pasa a pertenecer al injusto y no al reproche de culpabilidad. Esta separación se manifiesta en el nivel sistemático de la tipicidad, en la que precisamente se da cabida al dolo, pero sin la conciencia de antijuridicidad, porque ésta hace parte del actuar conforme a valores y se examina en la culpabilidad²⁰⁵. Por su parte SALAZAR MARÍN, al integrar o hacer simultáneos el conocimiento de los hechos y de la ilicitud que la ley tipifica como injusto penal y al partir de un monismo epistemológico (conocimiento de los hechos y el conocimiento de las ideas, o el conocimiento de la naturaleza y el conocimiento de los valores acorde con unas mismas reglas), concibe que “quien conoce el hecho de matar también suele conocer la ilicitud de matar y lo hace de manera simultánea”²⁰⁶. Dado que el autor hace simultáneas la imputación objetiva y subjetiva (lo que constituiría la imputación jurídica) se puede concluir “la desaparición de la diferencia dogmática entre injusto y culpabilidad”²⁰⁷, con lo cual la ubicación del dolo en uno u otro nivel sistemático carecería de sentido.

En definitiva, el desplazamiento del dolo a la sede del injusto no sólo parece resolver problemas prácticos relacionados con la determinación de la tipicidad, sino que permite un adecuado manejo de los ingredientes intra-sistemáticos: confeccionar un modelo de delito que ubique el dolo, la culpa y la preterintención en el injusto o en la culpabilidad

²⁰³ CARLOS ARTURO GÓMEZ PAVAJEAU, *Estudios de Dogmática en el Nuevo Código Penal*, cit. p. 210.

²⁰⁴ JESÚS ORLANDO GÓMEZ LÓPEZ, *Teoría del delito*, cit. p. 262.

²⁰⁵ Cfr. JUAN FERNÁNDEZ CARRASQUILLA, *Derecho penal fundamental I*, cit. p. 534.

²⁰⁶ MARIO SALAZAR MARÍN, *Teoría del delito*, cit. p. 224.

²⁰⁷ *Ibíd.* pp. 261-262.

o, incluso en ambos niveles sistemáticos (teorías de la doble posición del dolo de GALLAS, JESCHECK, ROXIN) de cualquier forma tendrá que armonizarse con las exigencias que por mandato constitucional se imponen al respecto: el principio de responsabilidad subjetiva, el principio de responsabilidad por el hecho y el principio de personalidad²⁰⁸. Además, el desplazamiento del dolo a la óptica del injusto es relevante porque allí se empiezan a fijar los límites entre aquellas conductas que interesan al derecho penal y las que deben permanecer al margen del mismo.

5. Tratamiento jurídico penal del inimputable.

a) Sobre el papel de la inimputabilidad en la teoría del delito.

Para poder considerar a una persona responsable penalmente y, por consiguiente, sometida a sanción penal, el C.P. exige diversos presupuestos según se trate de un imputable o inimputable. A la hora de determinar cuáles son las condiciones que se requieren para ser considerado responsable penalmente, tratándose de un imputable, se considera indispensable constatar la realización de una conducta punible, esto es, una conducta típica, antijurídica y culpable. Sin embargo, el tratamiento jurídico penal de los inimputables es, sin duda, una de las instituciones que ha dado pie a las más encendidas y acaloradas polémicas. Son múltiples y diversas las disciplinas que se han dedicado al estudio de la inimputabilidad (medicina, sociología, sicología, derecho, criminología). Esta complejidad teórica ha llevado a que la inimputabilidad se considere el “fantasma errante”²⁰⁹ de la teoría del delito. En materia de inimputables, las condiciones exigidas para ser considerado responsable penalmente varían con relación al imputable. Será imprescindible que realicen una conducta típica, antijurídica, ya no culpable y además que no existan en su favor, causales de ausencia de responsabilidad penal²¹⁰. Los esfuerzos y luchas académicas, e incluso políticas, para llegar a estas conclusiones desencadenaron una

²⁰⁸ SANTIAGO MIR PIUG, *El Derecho Penal en el Estado social y democrático de derecho*, cit. pp. 175-176.

²⁰⁹ Cfr. EUGENIO RAÚL ZAFFARONI, *Derecho Penal*, Parte General, 2ª edición, Buenos Aires, Ediar, 2002, p. 693; FERNANDO VELÁSQUEZ V., *Derecho Penal*, cit. p. 851.

²¹⁰ JAIME SANDOVAL FERNÁNDEZ, “Las causas de ausencia de responsabilidad penal”, en *Dogmática y Criminología*, dos visiones complementarias del fenómeno delictivo, Bogotá, Legis, 2005, 541-566. (específicamente p. 545).

profunda muestra de dinamismo e “innovación jurídica” pocas veces vista en nuestro derecho penal. La evolución del fenómeno de la imputabilidad en Colombia suscitó, a partir de un dialogo crítico y “trasmutado”, nuevas interpretaciones sobre el problema del reconocimiento de causales justificantes y exculpantes a los sujetos inimputables.

b) Exposición legislativa y doctrinaria al amparo de los Códigos Penales.

El C.P. de 1936 consagraba las siguientes normas con relación a la materia:

Art. 11. – Todo el que cometa una infracción prevista en la ley penal será responsable, salvo los casos expresamente exceptuados en este Código.

Art. 12. – Las infracciones cometidas por personas que no estén comprendidas en la disposición del artículo 29, son intencionales o culposas (...).

Art. 23. – No hay lugar a responsabilidad cuando el hecho se comete:

- 1) Por insuperable coacción ajena o en estado de sugestión hipnótica o patológica siempre que el sugestionado no haya consentido previamente en cometerlo.
- 2) Con plena buena fe determinada por ignorancia invencible, o por error esencial de hecho o de derecho, no proveniente de negligencia.
- 3) Por ignorancia de que el hecho esté prohibido en la ley penal, siempre que aquella dependa de fuerza mayor. Tal ignorancia no puede alegarse sino tratándose de contravenciones.

Art. 29. – Cuando al tiempo de conocer el hecho, se hallare el agente en estado de enajenación mental o de intoxicación crónica producida por el alcohol o por cualquiera otra sustancia, o padeciere de grave anomalía psíquica, se aplicarán las sanciones fijadas en el capítulo del título II de este libro.

Por su parte, el C.P. de 1980 decía:

Art. 2. - Hecho Punible. Para que una conducta sea punible debe ser típica, antijurídica y culpable.

Art. 5. - Culpabilidad. Para que una conducta típica y antijurídica sea punible debe realizarse con culpabilidad. Queda prescrita toda forma de responsabilidad objetiva.

Art. 31. - Concepto. Es inimputable quien en el momento de ejecutar el hecho legalmente descrito, no tuviere la capacidad de comprender su ilicitud o de determinarse de acuerdo con esa comprensión, por inmadurez psicológica o trastorno mental.

Art. 33 - *Modificado.* Ley 43 de 1982. Medidas Aplicables. A los inimputables se les aplicarán las medidas de seguridad establecidas en este Código.

Si la inimputabilidad proviene exclusivamente de trastorno mental transitorio no habrá lugar a la imposición de medida de seguridad, cuando el agente no quedare con perturbaciones mentales, sin perjuicio de la responsabilidad civil a que hubiere lugar (...).

A su turno, el C.P. vigente concibe, en este punto, lo siguiente:

Art. 9. – (...) Para que la conducta del inimputable sea punible se requiere que sea típica, antijurídica y se constate la inexistencia de causales de ausencia de responsabilidad.

Art. 33. – Es inimputable quien en el momento de ejecutar la conducta típica y antijurídica no tuviere la capacidad de comprender su ilicitud o de determinarse de acuerdo con esa comprensión, por inmadurez psicológica, trastorno mental, diversidad sociocultural o estados similares.

No será inimputable el agente que hubiere preordenado su trastorno mental.

Los menores de dieciocho (18) años estarán sometidos al Sistema de Responsabilidad Penal Juvenil.

De acuerdo con el C.P. de 1936, todos los ciudadanos son penalmente responsables tanto imputables como inimputables: a los primeros se les imputaba el acto a título de dolo, culpa o preterintención y a los segundos (art. 29) se les imputaba el acto por la lesión producida, comprobada la “anormalidad” al realizar el hecho típico y antijurídico. Esta forma de pensamiento, al determinar que la responsabilidad de los sujetos que se encontraban en la situación del art. 29 se satisfacía con la sola comprobación material del hecho, llevaba a la negación de las causales de justificación o inculpabilidad para los inimputables²¹¹. De acuerdo con lo anterior, si un sujeto (imputable o inimputable) cometía una infracción prevista en la ley penal, se le deducía responsabilidad penal y se le aplicaba una sanción criminal llamada pena o medida de seguridad. Y era lógico que esto fuera así

²¹¹ Cfr. AGUDELO BETANCUR, *La inimputabilidad penal*, cit. pp. 111 y ss.

pues con base a los lineamientos de la escuela positiva (FERRI), el fundamento de la responsabilidad se deducía porque “el hombre vive en sociedad” y no por ser libre; el Estado tiene el derecho-deber de atender a la defensa represiva, independientemente que quien delinquiró haya obrado con voluntad e inteligencia aparentemente normales o bien con voluntad e inteligencia anormales o enfermas o en estado de deficiente desarrollo. Según el principio de “responsabilidad social” o “responsabilidad legal”, la intervención de la sociedad por la defensa de sus intereses frente a los sujetos que la dañan se realiza mediante penas o medidas de seguridad; ambas son reacciones de igual naturaleza, idénticas cualitativamente y sólo se diferencian en cuanto son formas de reacción del Estado contra el delito, dependiendo de la *peligrosidad* de cada sujeto. En armonía con lo anterior, no se establecía una distinción “de fondo” entre tales reacciones, lo que daba pie a que la palabra “pena” se remplazara por la de “medidas de seguridad”²¹². Empero, mientras la escuela positiva fundamentó la responsabilidad en el hecho de vivir en sociedad, la sanción con base en la peligrosidad y no hizo diferencia entre sujetos según su normalidad o anormalidad, dirigiendo los daños que afectaban a la sociedad a la imposición de penas y

²¹² La profunda diferencia entre las escuelas clásica y positiva se originó precisamente en torno al problema de la imputabilidad; la primera, reconociendo el libre albedrío, llegó a la conclusión de que el delito es una acción moralmente imputable; la segunda, negándolo, concluyó que el delito es la acción del hombre anormal y fundó la responsabilidad en la peligrosidad criminal. La línea de pensamiento clásica (CARRARA) concibió la responsabilidad asentada en la libertad: “Si no existe libertad, no existe responsabilidad”. Existe, para que se pueda hablar de responsabilidad, un proceso de imputación gradual que inicia con la comprobación del encuadramiento de la acción o hecho en la ley, la configuración del sujeto como su causa física, hasta llegar al campo de la indagación por la imputación moral: la comprobación del nexo síquico (conciencia y voluntad) y la evidencia de la libertad. De aquí deviene la distinción de imputables e inimputables, siendo el primero capaz de generar una acción dolosa o culposa de modo que le sea atribuible causalmente desde el punto de vista subjetivo y, el segundo, el que carece de esa capacidad. Véase, NODIER AGUDELO BETANCUR, *La inimputabilidad penal*, cit. pp. 87 y ss.; también, BERNARDO GAITÁN MAHECHA, “La inimputabilidad”, en *Nuevo Foro Penal*, núm. 13, enero-marzo, Bogotá, Temis, 1982, p. 520; Hoy se distingue entre imputables e inimputables y se mantiene la relación culpabilidad-pena para imputables y la relación peligrosidad-medida de seguridad para los inimputables. La diferencia entre una concepción y otra radica en el fundamento material de la responsabilidad: “la primera cobija únicamente a los sujetos ‘capaces de culpabilidad’, mientras que la segunda rige para todos los individuos por el hecho de vivir en sociedad”. De allí la notable diferencia en torno a la sanción penal: de acuerdo con el sistema clásico solo puede imponerse una pena (sanción penal única) a los sujetos “culpables”; por el contrario, la sanción penal del positivismo criminológico (medida de seguridad) cobija a todo autor de un delito, ampliándose el campo de intervención punitiva a personas no cobijadas antes por el sistema clásico”. Cfr. JUAN OBERTO SOTOMAYOR ACOSTA, *Inimputabilidad y Sistema Penal*, cit. p. 52 y 147.

medidas de seguridad frente a ambas clases de sujetos²¹³, la escuela clásica fundamentó la responsabilidad en la libertad y de paso dividió a los individuos en imputables (aquellos capaces de autodeterminación, de ser libres) e inimputables (aquellos que no poseen dicha capacidad). En su momento, fueron partidarios de esta última escuela JOSÉ VICENTE CONCHA, JORGE E. GUTIÉRREZ ANZOLA, GAITÁN MAHECHA y SAMUEL BARRIENTOS. Para estos autores, el dolo y la culpa solo se averiguaban en los imputables, no así en los inimputables, que no obrarían con dolo ni con culpa y no serían responsables. Los inimputables no pueden obrar culpablemente pues el dolo y la culpa para estos autores es una forma de culpabilidad²¹⁴. Luego, como no obran culpablemente “no pueden cometer delitos”. Frente a este punto, LOZANO Y LOZANO decía que “el principio de *nullum crime sine lege, nulla pena sine crimine*, impide imponer sanción alguna a todo aquel que la ley no considere autor de un delito. Luego los alienados delinquen”. A su turno, GÓMEZ PRADA manifestaba que “todo mundo responde cuando infrinja la ley penal, sin que sea causa de irresponsabilidad su estado de anormalidad”; ARENAS indicó que de conformidad con el principio de la responsabilidad legal “todo el que cometa una infracción prevista en la ley penal será responsable” y, al enumerar taxativamente las causas que excluyen la responsabilidad (por inimputabilidad o por justificación), no mencionó la anormalidad mental ni la inmadurez, lo cual quiso decir que “los menores, enajenados mentales, intoxicados crónicos, etc., son imputables penalmente, pero están sometidos a un régimen especial de sanciones”²¹⁵. Por su parte, GAITÁN MAHECHA indicaba que no es responsable el inimputable porque la responsabilidad supone siempre el dolo o la culpa. No es responsable, porque fuera de la responsabilidad a título de imputabilidad no existe ninguna otra y la llamada responsabilidad meramente legal no es especie o grado próximo o remoto, sino una simple entelequia sin contenido jurídico²¹⁶. PÉREZ afirma que es inútil volver sobre

²¹³ Se decía que la diferencia entre personas comprendidas o no en el art. 29 llevada al campo doctrinario caía en el terreno de la imputabilidad: los unos son imputables (los no comprendidos), los otros son inimputables (los comprendidos); estos últimos son sujetos, acorde con el art. 12, incapaces de ser culpables, toda vez que la responsabilidad se especifica por el dolo y la culpa; las personas inimputables son incapaces y por tanto no son responsables y ellas eran las comprendidas en el art. 29 del C.P.

²¹⁴ Cfr. BERNARDO GAITÁN MAHECHA, *Curso de Derecho penal General*, cit. p. 157 y ss.; SAMUEL BARRIENTOS RESTREPO, *Elementos de Derecho Penal*, 3ª edición, Medellín, jurídica bedout, 1977, p. 143 y ss.

²¹⁵ ANTONIO VICENTE ARENAS, *Derecho Penal colombiano*, cit. p. 175.

²¹⁶ BERNARDO GAITÁN MAHECHA, *Curso de Derecho penal General*, cit. p. 327.

el tema de la imputabilidad por actividad sicofísica porque el texto de dicho precepto no puede ser más claro: todo el que viole un artículo de la parte especial es responsable, salvo las excepciones establecidas a esa responsabilidad en disposiciones diversas. Y como entre los exceptuados no figuran los “anormales”, o sea los inimputables, “el art. 12 confirma la regla al decir que los sujetos normales responden con dolo o culpa. El art. 29 excluye estas dos nociones, porque es aventurado sostener que el enfermo mental concurra al delito con cualquiera de ellas”. Pero, dice que el acto les es atribuible y responden de él: la responsabilidad no es administrativa, ni preventiva, sino penal, pues el mismo art. 29 habla de sanciones para los inimputables. De este modo, “las medidas de seguridad son, por eso mismo, sanciones impuestas a delincuentes”²¹⁷. RUIZ, en cambio, sostenía que “en el C.P. de 1936 la imputabilidad no era capacidad al delito sino atribuibilidad sicofísica del acto al sujeto que de todas maneras era responsable penalmente, aun en los casos de anormalidad ya que a ellos se les aplicaba una medida de seguridad que era una especie de la sanción criminal”. Lo que contaba principalmente era la imputabilidad física, pues en dicho C.P. se reafirmó el concepto de “responsabilidad legal” (art. 11) y bastaba “la simple imputabilidad material para que al autor del hecho se le aplicaran las sanciones o medidas de seguridad”²¹⁸. Exponía que al acogerse la teoría de la “responsabilidad social” se consideraba socialmente responsable a cualquier sujeto autor de delito, eliminando la imputabilidad o mejor, teniendo un criterio diverso. Acorde con ello concibió “la imputabilidad como presupuesto del hecho punible y, a su vez, presupuesto de la culpabilidad”. Decía que “no hay delito sin imputabilidad y la culpabilidad no es posible sin ésta” y que “imputabilidad y capacidad de pena son la misma aptitud, la posibilidad del sujeto para cometer delitos y poder ser sometido a una pena criminal”; por consiguiente, “la inimputabilidad es incapacidad al delito e incapacidad a la pena ya que cuando el inmaduro realiza el hecho legalmente descrito se le somete no a una pena criminal, sino a una medida asegurativa, la cual no tiene función retributiva, preventiva, protectora o resocializadora”²¹⁹. A su turno ROMERO SOTO definió la imputabilidad como “la capacidad psicológica de conocer nuestros actos y su carácter antijurídico y de determinarse libremente a ejecutarlos”; señaló que la imputación es “un juicio fáctico mediante el cual se atribuye a

²¹⁷ LUIS CARLOS PÉREZ, *Tratado de Derecho penal*, t. I, cit. p. 534.

²¹⁸ SERVIO TULIO RUIZ, *Teoría del hecho punible*, cit. pp. 77-78.

²¹⁹ *Ibíd.* cit. p. 95.

una persona determinada un hecho determinado como a su autor físico”, concluyendo así que una relación puramente física entre el hecho y su autor material no podía pensarse porque ya en tiempos de FEUERBACH se exigía un cierto “contenido síquico en la imputación”. Basándose en el concepto de atribuibilidad de MAURACH, concibió la responsabilidad como un concepto graduable que comprende la responsabilidad por el hecho y la culpabilidad: se responde penalmente por la sola ejecución del acto cuando es atribuible al sujeto, es decir, cuando no concurren circunstancias que le quiten la propiedad del acto (fuerza mayor, coacción, caso fortuito, etc.) y, además, cuando el autor del acto es peligroso²²⁰. A estos efectos REYES ECHANDÍA reconoció expresamente las causales de justificación y de inculpabilidad a los sujetos comprendidos en el art. 29. Decía el autor:

Resulta evidente que los inimputables no son capaces de actuar culpablemente porque no están en condiciones –dadas sus deficiencias sicosomáticas- de conocer y comprender la ilicitud de su conducta o de auto-determinarse de acuerdo con esa comprensión. ¿Significa esto que para los inimputables existe una responsabilidad meramente objetiva?

Distingamos. Si por responsabilidad objetiva entendemos responsabilidad sin culpabilidad, la respuesta es afirmativa, en cuanto por mandato del art. 12 la responsabilidad de los inimputables se edifica por fuera del dolo y de la culpa. Pero si por tal consideramos la aplicación de medidas asegurativas en razón de la sola condición de inimputables, la contestación habrá de ser negativa, por cuanto la imposición de tales medidas está supeditada al hecho de que el inimputable haya realizado conducta típica y antijurídica, y además, no se adecúe su comportamiento a una cualquiera de las causales de inculpabilidad²²¹.

Sostenía el jurista que las razones por las cuales un inimputable podía responder penalmente eran: a) que su conducta sea típica, es decir, que se adecúe a uno cualquiera de los tipos penales; b) que su conducta sea antijurídica, y lo será cuando no lo favorezca ninguna causal de justificación y c) que no haya actuado dentro de una causal de

²²⁰ LUIS ENRIQUE ROMERO SOTO, *Derecho penal*, vol. II, cit., p. 13, 18-19.

²²¹ ALFONSO REYES ECHANDÍA, *La imputabilidad*, cit. p. 275.

inculpabilidad ajena a su condición de inimputable (por ejemplo, insuperable coacción ajena)²²². En una de sus obras expone además,

Si la responsabilidad objetiva fuese el fundamento de la sanción para los inimputables, tendríamos que concluir que... la infracción que tuvo como causa un caso fortuito, o un estado de inconciencia, o una coacción, debería responder el inimputable, pues... en tales casos la relación material conducta-resultado aparece visible. La consecuencia es de veras absurda²²³.

Pero, si los inimputables no son capaces de actuar culpablemente, ¿cómo podían actuar inculpablemente?

En el C.P. de 1980, antes de la reforma de la ley 43 de 1982, existió una discusión en torno al alcance de la expresión “hecho punible” que se empleaba en el art. 31. Para unos significaba hecho “típico y antijurídico” (AGUDELO BETANCUR, REYES ECHANDÍA, FERNÁNDEZ CARRASQUILLA) y para otros, hecho “típico, antijurídico y culpable” (ESTRADA VÉLEZ y SERVIO TULIO RUIZ). En la exposición de motivos de la citada ley, que correspondió a ESTRADA VÉLEZ, se mencionó que el Código incurrió en “una impropiedad”. Tal circunstancia obedecía a que, para este jurista, había una contradicción entre los art. 2, 5 y 33 (previo a la reforma). La contradicción era, básicamente, que el art. 2 definió claramente el hecho punible y para su cumplimiento era preciso que se hubiera realizado con culpabilidad, es decir, con dolo, culpa o preterintención y, dado que los inimputables son incapaces de culpabilidad, no cometen hechos punibles y no se les puede aplicar penas, no era lógico que el art. 33 definiera que “los inimputables que realicen un hecho punible, serán sometidos a las medidas de seguridad establecidas en este Código”. Decía ESTRADA VÉLEZ que “se trataba de una evidente impropiedad, afortunadamente sin consecuencias”²²⁴. Por este motivo, ARENAS expuso que los inimputables no pueden

²²² Ibíd., cit., p. 273-275.

²²³ REYES ECHANDÍA, *Derecho Penal colombiano*, cit., p. 355.

²²⁴ FEDERICO ESTRADA VÉLEZ, *Derecho penal*, cit., p. 279-280. “Aunque es una impropiedad, resulta claro que el artículo al hablar de un ‘hecho punible’, se refiere al tipo objetivo, o si se quiere, a conducta objetivamente definida en la ley penal colombiana”. En la exposición de motivos a la reforma del art. 33 el profesor ESTRADA VÉLEZ dijo que “se trata de establecer con toda claridad, lo que es la esencia filosófica del Código, que los inimputables no pueden cometer delitos”. Cfr. NODIER AGUDELO BETANCUR, *Los inimputables frente a las causales de justificación e inculpabilidad*, cit., p. 100.

realizar hechos punibles “por falta de culpabilidad” y, por ende, las medidas de seguridad no son sanciones por cuanto su fin es la curación del sujeto, amén que se encuentran reguladas por fuera del capítulo de la punibilidad²²⁵. De igual modo, ESTRADA VÉLEZ dijo que los inimputables no pueden ser culpables, no pueden realizar hechos punibles y no son responsables penalmente y que las medidas de seguridad aplicables a estos sujetos persiguen funciones de “curación, tutela y rehabilitación” y “carecen de contenido expiatorio, no constituyen sanción, y su finalidad se dirige a beneficio del inimputables”²²⁶. Empero, autores como AGUDELO BETANCUR y FERNÁNDEZ CARRASQUILLA no observaron ninguna impropiedad con el término “hecho punible”. Para el primero, con esa expresión se aludía al hecho “típico y antijurídico” porque lo que la ley quiso decir es que respecto a los inimputables también se exige la antijuridicidad; es más, no es que “tal expresión se refiera solo al tipo objetivo, o si se quiere a la conducta objetivamente definida en la ley, pues el aspecto objetivo es apenas parte de la exigencia de la tipicidad y tampoco con la sola tipicidad se puede aplicar la medida de seguridad. Es necesario, en todo caso, la ausencia de una causal de justificación”²²⁷. Para el segundo, el principio de culpabilidad consagrado en el art. 5 del C.P. de 1980 implicaba que no podía haber responsabilidad sin culpabilidad pues hecho punible es “hecho típico, antijurídico y culpable” y dado que la responsabilidad penal es subjetiva y como responsabilidad subjetiva significa exactamente lo mismo que culpabilidad, las medidas de seguridad se basan también en la culpabilidad. Dice al respecto: “Para que la responsabilidad de los inimputables sea también, como la de los imputables, subjetiva, es necesario sostener -puesto que responsabilidad subjetiva significa lo mismo que responsabilidad por dolo y culpa y responsabilidad objetiva quiere decir responsabilidad sin dolo ni culpa, o sea por la mera causación del resultado típicamente antijurídico, no existiendo término medio posible entre ambos extremos-, que en cierta forma y medida también los inimputables pueden ser culpables (culpabilidad incompleta o

²²⁵ Cfr. ANTONIO VICENTE ARENAS, *Comentarios al nuevo Código Penal*, t. I. Parte General, 3ª edición, Bogotá, Temis, 1981, cit. p. 354 y ss.

²²⁶ FEDERICO ESTRADA VÉLEZ, *Derecho Penal*, cit. pp. 279-280.

²²⁷ NODIER AGUDELO BETANCUR, *Los inimputables frente a las causales de justificación e inculpabilidad*, cit., p. 96; refiere el término al aspecto objetivo del tipo: SERVIO TULIO RUIZ, *Teoría del Hecho punible*, cit. pp. 12-13.

semiplena)”²²⁸. Por lo anterior, asume un postura unitaria o “estructura indiferenciada” del delito para imputables e inimputables con fundamento en los artículos 2, 5 y 33 del C.P. de 1980. Refuta estas consideraciones REYES ECHANDÍA al expresar que no parece lógico acudir al distingo de una culpabilidad “plena e integral” de la que serían capaces los imputables y otra culpabilidad “deficitaria e incompleta” propia de los inimputables. Basaba su argumento en que “si bien la conciencia de ilicitud admite grados de intensidad, en cualquiera de ellos ha de darse”. Decir que alguien muestra una deficitaria conciencia de ilicitud es, en todo caso, admitir que la posee y por consiguiente que es imputable. En definitiva, sostiene REYES ECHANDÍA, cuando el legislador del 80 utilizó la expresión “hecho punible” lo hizo en un sentido anfibológico, pues al tiempo que tiene el alcance de conducta típica, antijurídica y culpable (art. 2), en otros artículos no es posible entenderla sino como comportamiento típico y antijurídico, por lo que darle ese mismo alcance en relación al art. 33 no tiene nada de insólito o artificioso. Es, al contrario, la única interpretación que se armoniza sistemáticamente con la concepción culpabilista del delito plasmada en la nueva codificación (se refiere al C.P. de 1980)²²⁹.

c) Causales de ausencia de responsabilidad penal.

Las anteriores interpretaciones sobre el derecho positivo propiciaron un problema en la doctrina (y en la jurisprudencia), al momento de precisar qué condiciones de la responsabilidad se debían referir a los inimputables. Sobre esta base, la inexistencia de conducta, la atipicidad, las causales de justificación, inculpabilidad e incluso las situaciones de innecesariedad de la pena, dieron lugar en nuestro ordenamiento jurídico a las denominadas “causales de ausencia de responsabilidad penal”²³⁰. Estas últimas son todas aquellas situaciones que niegan algunas de las condiciones imprescindibles para que exista la responsabilidad penal según la estructura propia de imputables o inimputables.

En primer lugar, debe señalarse que la imputabilidad se ha definido como capacidad de acción, como presupuesto de culpabilidad o como capacidad del sujeto para ser sometido

²²⁸ Cfr. JUAN FERNÁNDEZ CARRASQUILLA, *La noción del delito en el Código Penal de 1980*, en *Nuevo Foro Penal*, núm. 9, Medellín, 1981, p. 20; *Derecho Penal fundamental*, 1989, cit. p. 229 y ss.

²²⁹ ALFONSO REYES ECHANDÍA, *La inimputabilidad*, cit. p. 283.

²³⁰ JAIME SANDOVAL FERNÁNDEZ, “Las causales de ausencia de responsabilidad”, cit. p. 546.

a pena²³¹. Esta última definición (de ANTOLISEI, GRISPIGNI, FEUERBACH, RADBRUCH) era, en palabras de BERNAL PINZÓN, la sostenida por el C.P. colombiano²³². Explicaba este autor que si bien para GAITÁN MAHECHA y GUTIÉRREZ ANZOLA, “los sujetos inimputables no pueden ser llamados a responder en juicio porque en esta etapa del proceso, probados previamente los elementos objetivos del delito, se resuelve únicamente el problema de la responsabilidad o sea la existencia de dolo o culpa”²³³, ello resultaría insostenible pues además del elemento psicológico (dolo, culpa y preterintención) o sea la culpabilidad, se debe discutir en el juicio otros problemas no menos esenciales que puedan necesariamente modificar la responsabilidad del reo, cuales son la autoría, las circunstancias agravantes y atenuantes, las *causas de justificación*, etc.²³⁴. Entonces, la responsabilidad de los inimputables no podía ser una responsabilidad objetiva pues respecto a ellos se debía analizar también el “elemento subjetivo” y como la imputabilidad es un “presupuesto de la pena” no de la culpabilidad, el problema de la inimputabilidad del sujeto no se ventila sino para efectos de la sanción aplicable, con lo que resultaría viable el reconocimiento de las causales de inculpabilidad a los sujetos inimputables. Si un inimputable por trastorno mental realiza una conducta típica y vulnera un derecho penalmente protegido, pero lo hace, por ejemplo, en defensa de su vida, ¿es dable imponer una medida de seguridad? Y si un inimputable fue obligado a realizar una conducta típica y antijurídica, ¿se le puede reconocer la causal de inculpabilidad de insuperable coacción ajena? ¿Y si obra por fuerza de la naturaleza?

En segundo lugar, hay que dejar claro que frente a las causales de ausencia de responsabilidad que inciden sobre el injusto, en sus visiones de mayor usanza, es decir, las de atipicidad y justificación, no existe problema para reconocerlas en los inimputables, pues se sobrentiende que vuelven inexistente, atípica o justificada la conducta. Por esta razón ESTRADA VÉLEZ decía que era perfectamente posible una investigación psicológica por lo

²³¹ Cfr. FERNANDO VELÁSQUEZ V., *Derecho Penal*, cit. p. 851; ALFONSO REYES ECHANDÍA, *La inimputabilidad*, cit. pp. 48-49; JESÚS ORLANDO GÓMEZ LÓPEZ, *Teoría del delito*, cit. p. 912.

²³² JESÚS BERNAL PINZÓN, “Imputabilidad, culpabilidad y responsabilidad”, en *Nuevo Foro Penal*, núm. 56, abril-junio, Bogotá, Temis, 1992, pp. 251-273.

²³³ Véase GUTIÉRREZ ANZOLA / GAITÁN MAHECHA, *La responsabilidad frente al Código Penal colombiano*, Bogotá, Revista Instituto Ciencias Penales, 1954, pp. 57 y ss.

²³⁴ JESÚS BERNAL PINZÓN, “Imputabilidad, culpabilidad y responsabilidad”, cit. pp. 262. Resaltado fuera del texto.

menos para eliminar la situación de responsabilidad objetiva, como sería el sancionamiento de un inimputable, a pesar de haber obrado en legítima defensa o por caso fortuito²³⁵. También, PÁEZ POLO se refirió al problema del reconocimiento de las causales justificantes y exculpantes en esos términos²³⁶. No obstante, fue AGUDELO BETANCUR quien “selló” la discusión con relación a las causales de inculpabilidad al concebir un concepto de inimputabilidad como fenómeno derivado y residual. Expresamente señaló que no pueden confundirse los fenómenos que producen la inimputabilidad con la inimputabilidad misma. Es por las consecuencias de los fenómenos de inmadurez o de enajenación por lo que el sujeto llega a ser inimputable: el trastorno o la inmadurez son necesarios pero no suficientes, hay que demostrar que esos fenómenos tuvieron incidencia, relación, frente a la capacidad de comprensión o de determinación²³⁷. Por lo anterior, un sujeto enajenado o inmaduro que ha cometido un hecho materialmente dañoso, pero en el cual concorra una causal de atipicidad, justificación o inculpabilidad, debe ser absuelto sin que tenga incidencia el problema de la inimputabilidad; y, viceversa, si un enajenado o inmaduro ha realizado un hecho materialmente dañoso con prescindencia del problema de la inimputabilidad puede, eventualmente, ser declarado responsable y sometido a pena²³⁸. No es, dice, que a un inimputable se le esté reconociendo una causal de atipicidad, justificación o de inculpabilidad, sino que, simplemente, no estamos en presencia de un inimputable y aunque el sujeto se encontrara afectado por una inmadurez o trastorno de carácter grave pero sin relación con el hecho, estamos en presencia de un imputable, pese a su inmadurez o a su trastorno. Con lo de “residual” exponía que la inimputabilidad se planteaba solo cuando no se dan, en el caso, causales de atipicidad, justificación o inculpabilidad. Al respecto decía:

Si puesto de manifiesto la existencia de un comportamiento típico y antijurídico no se evidencian causales de inculpabilidad, la inimputabilidad existirá y entonces se pasará a la aplicación de las medidas de seguridad; aquí procede una especie de “ida y vuelta”: se establece la acción típica y su antijuridicidad y se llega hasta el elemento de la culpabilidad

²³⁵ FEDERICO ESTRADA VÉLEZ, *Manual de Derecho Penal*, cit., p. 343.

²³⁶ ESTEBAN PÁEZ POLO, *Derecho Penal General*, cit., p. 321-322.

²³⁷ NODIER AGUDELO BETANCUR, *Los inimputables frente a las causales de justificación e inculpabilidad*, cit., p. 45-46.

²³⁸ *Ibíd.* cit. p. 46.

para examinar si existe alguna causal que la excluya. Si así es, se reconoce esto sin imbricar el problema de la inimputabilidad. Si la causal de inculpabilidad no existe, hay una “vuelta”, un regreso hasta el elemento de la antijuridicidad (que de todas formas, en todo caso, ya ha tenido que ser comprobado); se predica la inimputabilidad y se pasa al campo de las medidas de seguridad²³⁹.

Hoy puede afirmarse conforme a la doctrina dominante (FERNÁNDEZ CARRASQUILLA, AGUDELO BETANCUR, REYES ECHANDÍA, VELÁSQUEZ V., SOTOMAYOR ACOSTA, ARENAS SALAZAR, CALDERÓN CADAVID, SANDOVAL) que no hay inconveniente alguno en reconocer las casuales de justificación y de inculpabilidad a los sujetos inimputables. Dado que no existe diferencia fundamental entre las penas privativas de la libertad y las medidas de seguridad que también afectan ese derecho²⁴⁰, ambos individuos (imputables e inimputables) son penalmente responsables ya que el carácter judicial de las penas y las medidas de seguridad es indiscutible. Ambas se generan a partir de la declaratoria de responsabilidad penal y tanto unas como otras significan la pérdida de la libertad personal impuesta por decisión judicial como culminación de un proceso penal²⁴¹; ambas se identifican material y formalmente, en cuanto implican la disminución o privación de la libertad del individuo, tienen un carácter aflictivo y presuponen la comisión de un delito²⁴²; tanto una como otras son consecuencias de la comisión de un hecho punible tipificado en las normas penales; ambas acarrear, en principio, la privación de la libertad en virtud de una providencia judicial de un juez de la República²⁴³; y, dado que al injusto

²³⁹ Ibíd. cit. p. 85-87.

²⁴⁰ CARLOS AUGUSTO GÁLVEZ ARGOTE, “Comentario a la sentencia de la Corte Suprema de Justicia, Sala Plena, del 20 de agosto de 1987, expediente 1613, M.P. Hernando Gómez Otálora”, en *Nuevo Foro Penal*, núm. 38, octubre-diciembre, Bogotá, Temis, 1987, pp. 495-503; “en lo que respecta a las medidas de seguridad es conveniente anotar que de manera contradictoria nuestro legislador les quitó la calidad de sanciones que tenían en el Código del 36...pero ha de observarse que esta diferenciación ancestral entre pena y medida de seguridad no le quita a la una el carácter de sanción”; también, Sentencia del Tribunal Superior de Cali, Auto de Abril 14 de 1982, Ponente Édgar Saavedra Rojas, en *Nuevo Foro Penal*, núm. 18, marzo-abril, Bogotá, Temis, 1983, p. 215.

²⁴¹ Sentencia de la Corte Suprema de Justicia, Sala Plena, del 4 de febrero de 1988, M.P. Fabio Morón Díaz, en *Nuevo Foro Penal*, núm. 41, julio-septiembre, Bogotá, Temis, 1988, pp. 349-358 con comentario de FERNANDO VELÁSQUEZ a partir de pp. 359-361.

²⁴² JUAN OBERTO SOTOMAYOR ACOSTA, “Consideraciones sobre el fundamento de las medidas de seguridad en el Derecho penal colombiano” en *Nuevo Foro Penal*, núm. 33, julio-septiembre, Bogotá, Temis, 1986, pp. 297-322.

²⁴³ Corte Constitucional, Sentencia C-176 del 6 de mayo de 1993, M.P. Alejandro Martínez Caballero.

típico del imputable, le imputa el Código una pena y al inimputable una medida de seguridad, es inferencia de Perogrullo que ambos han de soportar, aunque de distinta manera, en atención a su diversa condición personal al momento del hecho, las consecuencias jurídico-penales de su comportamiento, es decir, ambos son penalmente responsables²⁴⁴. Desde luego, a partir de estas explicaciones, cobra terreno en nuestro país el reconocimiento de las causales de justificación y de inculpabilidad a los inimputables, sin que ello implique la necesidad político-criminal de mantener un tratamiento en cierto modo diferenciado, al menos por algunos aspectos técnicos, para imputables e inimputables. En todo caso, la diferencia entraña la exigencia absoluta de extender todas las garantías formales y materiales de la pena a las denominadas medidas de seguridad²⁴⁵. A grandes rasgos esta es la postura afirmada por SOTOMAYOR ACOSTA:

En efecto, siendo indiscutible hoy en día, al menos en nuestro país, que tanto las penas como las medidas de seguridad constituyen sanciones, esto es, formas coercitivas de intervención estatal sobre los derechos de las personas por la realización de una conducta prevista como punible en la ley penal, la imposición de unas y otras, en un Estado de Derecho, se encuentra limitada por la propia Const. Pol., no solo desde la perspectiva formal que encierra el principio de legalidad, con todas las garantías que le son inherentes, sino también desde un punto de vista material, es decir, desde los fundamentos mismos de la legitimación del propio Estado. Luego, es la propia Constitución Política la que al adoptar un determinado modelo de Estado impone un marco determinado, con sus fundamentos y límites, a todas las formas de intervención estatal y a la responsabilidad penal²⁴⁶.

Por consiguiente, el principio de legalidad (que se concreta sustancialmente en la existencia de ley escrita, estricta, cierta y previa y procesalmente en las garantías del juicio legal y del juez natural), el principio de necesidad (que comprende el principio de intervención mínima, carácter fragmentario y de última *ratio* del derecho penal), el principio de proporcionalidad, el principio de protección de bienes jurídicos (del cual a su vez surge el principio de lesividad) y el principio de la dignidad humana (que deriva en la indemnidad personal, el principio de culpabilidad o responsabilidad y el principio de

²⁴⁴ JUAN FERNÁNDEZ CARRASQUILLA, *Derecho penal fundamental*, 1982, cit., p. 321.

²⁴⁵ JUAN FERNÁNDEZ CARRASQUILLA, *Derecho Penal*, 2011, cit. pp. 424-425.

²⁴⁶ JUAN OBERTO SOTOMAYOR ACOSTA, *Inimputabilidad y Sistema Penal*, cit. p. 235-257.

igualdad) son garantías que, siempre y en todo caso, deben extenderse a cualquier clase de sujeto como límites al ejercicio de la actividad sancionadora del Estado²⁴⁷. La exigencia de una diferenciación entre imputables e inimputables necesariamente deriva en el establecimiento de deberes positivos adicionales por parte del Estado frente a estos últimos, para que se les garanticen sus derechos de una manera real y efectiva (art. 13 Const. Pol.)²⁴⁸. Como colorario de lo anterior, deben existir mayores derechos y garantías para el inimputable en todo el sistema de derecho penal, no solo en la determinación de su responsabilidad penal sino también en la naturaleza y ejecución de la sanción y en la forma de enjuiciamiento, dado que el sistema penal no le interesa “reprocharle” al sujeto el haber actuado típica y antijurídicamente pudiendo no hacerlo, sino saber qué tanto le era exigible una respuesta diferente frente a las tareas concretas que le impone el sistema²⁴⁹. En definitiva, debe excluirse la responsabilidad por lo menos en los mismos eventos en que al imputable se le excluye: si a quien más se le exige no responde penalmente en supuestos de justificación y ausencia de culpabilidad, con mayor razón, tampoco debe responder quien está sujeto a un menor grado de exigencia en las mismas circunstancias. Es decir, por cuanto en la estratificación de la conducta punible la antijuridicidad ocupa igual valor para imputables e inimputables (art. 9, inc. 1 y 2), la presencia de una causal de justificación debe reconocerse sin examinarse la inimputabilidad. Además, si a quien más se le exige (imputable) no responde penalmente en supuestos de inculpabilidad, con mayor razón no debe responder en estas situaciones quien está sujeto a un menor grado de exigibilidad. Al fin de cuentas, la introducción de la expresión “inexistencia de causales de ausencia de responsabilidad” lo que vino a determinar fue que para considerar responsable penalmente a un sujeto inimputable es imprescindible que se haya realizado una conducta típica y antijurídica sin que exista en su favor causales de ausencia de responsabilidad penal. Decir que “los inimputables no son penalmente responsables debido a que no pueden actuar con culpabilidad” y “que una vez comprobado que el sujeto, autor del hecho típico y antijurídico es inimputable, procede inmediatamente sin ulteriores trámites procesales,

²⁴⁷ *Ibíd.*, cit. pp. 239-241.

²⁴⁸ *Ibíd.*, cit. pp. 247-249

²⁴⁹ Ello implica que responsabilidad sea exigibilidad, es decir, lo exigible a un sujeto concreto en una situación concreta, lo cual supone que el sistema haya proporcionado los presupuestos necesarios para que la persona tuviera a su alcance la respuesta exigida por dicho sistema. *Ibíd.*, cit. pp. 251 y 257.

imponer la adecuada medida de seguridad” (que no constituye sanción penal, sino que es de carácter administrativo y benéfico), es una interpretación que deja a los inimputables en condiciones de inferioridad y desigualdad. En el mismo sentido afirmar que “las medidas de seguridad carecen, pues, de contenido expiatorio, no constituyen sanción y su finalidad se dirige siempre hacia el beneficio del inimputable” además que “el juicio penal solo puede adelantarse contra imputables, mientras que en relación con el hecho del inimputable la labor del juez será de simple constatación, para que establecida o demostrada la inimputabilidad de decreten las respectivas medidas de seguridad”²⁵⁰, es una clara forma de desprotección a estos sujetos, por más que la intención sea sacarlos del sistema penal. Recuérdese que es la propia Const. Pol., la que exige proteger especialmente a aquellas personas que por su condición económica, física o mental, se encuentren en circunstancias de debilidad manifiesta (art. 13).

²⁵⁰ FEDERICO ESTRADA VÉLEZ, *Derecho penal*, cit., p. 280-281.

VII. Bibliografía.

ACALE SÁNCHEZ, MARÍA: *El tipo de injusto en los delitos de mera actividad*, Granada, Comares, 2001.

ACEVEDO BLANCO, RAMÓN: *Manual de Derecho Penal*, Bogotá, Temis, 1983.

ACTAS DEL NUEVO CÓDIGO PENAL COLOMBIANO: Trabajos preparatorios, Parte General, art. 1 a 110, vol. 1, Bogotá, Pequeño Foro, 1980.

AGUDELO BETANCUR, NODIER: “Diversos contenidos de la estructura del delito”, en *Nuevo Foro Penal*, No. 1, octubre-diciembre, Medellín, 1978, pp. 1-37; *La inimputabilidad penal*, 3ª edición, Bogotá, Nuevo Foro Penal, 1996; *Defensa Putativa en el nuevo Código Penal*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2004; *La estructura del delito en el nuevo Código Penal*, Bogotá, universidad Externado de Colombia, 2004; *Los “inimputables” frente a las causales de justificación e inculpabilidad*, 4ª edición, Bogotá, Temis, 2007; *Curso de Derecho Penal*, Esquemas del delito, 4ª edición, primera reimpresión, Medellín, Nuevo Foro, 2011.

ÁLVAREZ A, JUAN CARLOS: “Las vicisitudes del principio de legalidad a propósito de la persecución penal de crímenes contra la humanidad”, en *Estudios de Derecho Penal*, Libro homenaje a Juan Fernández Carrasquilla, Diego Araque (coord.), Medellín, Universidad de Medellín, 2012, pp. 59-81.

ARENAS, ANTONIO VICENTE: *Derecho Penal colombiano*, Parte General, Bogotá, Universidad Nacional de Colombia, 1964; *Compendio de Derecho Penal*, 2ª edición, Bogotá, 1978; *La reforma del Código Penal*, 2ª edición, Bogotá, Temis, 1980; *Comentarios al nuevo Código Penal*, t. I. Parte General, 3ª edición, Bogotá, Temis, 1981.

ARIAS HOLGUÍN / SOTOMAYOR ACOSTA, “Consideraciones críticas sobre la recepción en Colombia de la teoría de los delitos de infracción del deber”, en *Derecho Penal Contemporáneo*, núm. 15, Bogotá, 2006, pp. 133 y ss.

BACIGALUPO, ENRIQUE: *Técnica de resolución de casos penales*, 2ª edición, Buenos Aires, Hammurabi, 2002.

BARBOSA CASTILLO, GERARDO: “Lección 13. Teoría del delito. Tipo objetivo”, en *Lecciones de Derecho Penal*, Parte General, 2ª edición, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2011, pp. 214 y ss.

BARRETO ARDILA, HERNANDO / BARRETO ARDILA, BLANCA NÉLIDA: “Dolo, culpa y preterintención. Formas de culpabilidad, en *Berbiquí*, Revista del Colegio de Jueces y Fiscales de Antioquía, No. 7, junio, 1997.

BARRIENTOS RESTREPO, SAMUEL: *Elementos de Derecho Penal*, 2ª edición, Medellín, Universidad Pontificia Bolivariana, 1962; *Elementos de Derecho Penal*, 3ª edición, Medellín, jurídica bedout, 1977.

BENÍTEZ NARANJO, HERNÁN DARÍO: *Tratamiento jurídico penal del indígena colombiano: ¿Inimputabilidad o inculpabilidad?*, Bogotá, Temis, 1988.

BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE, IGNACIO: “El contenido del tipo del injusto”, en *Alé-Kumá revista jurídica*, No.12, mayo-agosto, Neiva, Universidad Cooperativa de Colombia, 2001.

BERNAL ACEVEDO, GLORIA: *Las normas rectoras en el nuevo Código Penal colombiano*, Bogotá, Ibáñez, 2002.

BERNAL PINZÓN, JESÚS: “Imputabilidad, culpabilidad y responsabilidad”, en *Nuevo Foro Penal*, núm. 56, abril-junio, Bogotá, Temis, 1992, pp. 251-273.

BOLÍVAR ACUÑA, MIGUEL: *Apuntes de Derecho Penal General*, 1ª edición, Barranquilla, 1976.

BONILLA MALDONADO, DANIEL: *Teoría del derecho y trasplantes jurídicos*, Bogotá, Siglo del Hombre, 2009.

BORJA JIMÉNEZ, EMILIO: “Algunas reflexiones sobre el objeto, sistema y la función ideológica del derecho penal”, en *Homenaje al Dr. Marino Barbero Santos in memoriam*, vol. 1, dirigido por ARROYO ZAPATERO-BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE, Salamanca, Universidad de Castilla-La Mancha, Universidad de Salamanca, 2001.

BUSTOS RAMÍREZ, JUAN / VALENZUELA BEJAS, MANUEL: *Derecho Penal Latinoamericano comparado*, t. I, Parte General, Buenos Aires, Depalma, 1981.

BUSTOS RAMÍREZ / HORMAZÁBAL MALARÉE: “La estructura jurídica y Estado en América Latina” en RUSCHE / KIRCHHEIMER, *Pena y Estructura Social*, trad. Emilio García Méndez, Bogotá, Temis, 1984, p. XLVIII; *Lecciones de Derecho penal*, Trotta, Madrid, 2006.

CADAVID QUINTERO, ALFONSO: *Introducción a la teoría del delito*, Medellín, Diké, 1998.

CALDERÓN CADAVID, LEONEL: *Los inimputables en los nuevos estatutos penales*, 1ª edición, Medellín, Diké, 1987.

CÁRDENAS, PARMENIO: *El Código Penal colombiano como estatuto de defensa social*, t. I, Bogotá, Kelly, 1968.

CEREZO MIR, JOSÉ: *Curso de derecho penal español*, Parte General, 6ª edición, Madrid Tecnos, 2005.

CONCHA, JOSÉ VICENTE: *Tratado de Derecho Penal*, 7ª edición, Bogotá, Universidad Católica Bolivariana, 1929.

DE LA RÚA, JORGE: *La codificación penal Latinoamericana*, Caracas, Universidad Central de Venezuela, 1982.

DÍEZ RIPOLLÉS, JOSÉ LUIS: *Derecho penal español*, Parte General, 3ª edición, Valencia, Tirant lo Blanch, 2011.

ESCOBAR LÓPEZ, EDGAR: *Derecho Penal Básico*, Parte General, Tomo I, Bogotá, Leyer, 1997.

ESTRADA VÉLEZ, FEDERICO: *Derecho Penal*, Parte General, Bogotá, Librería del profesional, 1981; *Manual de Derecho Penal*, 1ª edición, Medellín, Pequeño Foro, 1972.

FERNÁNDEZ CARLIER, EUGENIO: *Estructura de la tipicidad penal*, Bogotá, Ibáñez, 1999.

FERNÁNDEZ CARRASQUILLA, JUAN: “Nuevo esquema del delito en el proyecto de Código Penal”, en *Nuevo Foro Penal*, número 2, enero-marzo, Medellín, 1979, pp. 7-26; “El nuevo Código Penal y sus principios rectores”, en *Nuevo Foro Penal*, núm. 7, Medellín, 1980, pp. 115-129; *La noción del delito en el Código Penal de 1980*, en *Nuevo Foro Penal*, número 9, Medellín, 1981, pp. 7-32; *Derecho Penal Fundamental*, 1ª edición, Introducción. Teoría del delito, Bogotá, Temis, 1982; “Sobre el subjetivismo en el último derecho penal alemán”, en *Nuevo Foro Penal*, número 15, julio-septiembre, Bogotá, 1982, pp. 795-804; *Derecho Penal Fundamental*, 2ª edición, vol. II, Teoría general del delito y punibilidad, Bogotá, Temis, 1989; “Principios y normas rectoras. Conceptos generales”, en *Derecho Penal y Criminología*, vol. XIII, núm. 45, septiembre-diciembre, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 1991, pp. 13-37; *Derecho Penal Fundamental*, introducción al derecho penal. Evolución de la teoría del derecho, vol. I, Bogotá, Temis, 1998; *Principios y normas rectoras del derecho penal*, 2ª ed., Bogotá. Leyer, 1999; *Derecho penal liberal de hoy*, Introducción a la dogmática axiológica jurídico penal, Bogotá., Ibáñez, 2002; *Derecho penal fundamental 1*, 3ª ed., Bogotá, Ibáñez, 2004; *Derecho penal fundamental 1*, 3ª edición, reimpresión, Bogotá, Ibáñez, 2007; *Derecho Penal*, Parte General, Principios y categorías dogmáticas, Bogotá, Ibáñez, 2011.

FERRAJOLI, LUIGI: *Derecho y razón (teoría del garantismo penal)*, Madrid, Trotta, 1995, pp. 905-990.

FIANDACA / MUSCO: *Derecho Penal*, Parte General, Bogotá, Temis, 2006.

GAITÁN MAHECHA, BERNARDO: *Curso de Derecho Penal General*, 1ª edición, Bogotá, Lerner, 1963; “La inimputabilidad”, en *Nuevo Foro Penal*, número 13, enero-marzo, Bogotá, Temis, 1982, pp. 518-534; “Alfonso Reyes Echandía y el derecho penal colombiano en el siglo veinte”, en *Dogmática y Criminología*, dos visiones complementarias del fenómeno delictivo, Bogotá, Legis, 2005, pp. 227-235.

GÁLVEZ ARGOTE, CARLOS AUGUSTO: “Comentario a la sentencia de la Corte Suprema de Justicia, Sala Plena, del 20 de agosto de 1987, expediente 1613, M.P. Hernando Gómez

Otálora”, en *Nuevo Foro Penal*, número 38, octubre-diciembre, Bogotá, Temis, 1987, pp. 495-503.

GARCÍA VALENCIA, JESÚS IGNACIO: *Las causales de inculpabilidad*, Bogotá, Ibáñez, 1994.

GÓMEZ LÓPEZ, JESÚS ORLANDO: *Teoría del delito*, Bogotá, Doctrina y Ley, 2003; *Aproximaciones a un concepto democrático y humano de culpabilidad*, Bogotá, Doctrina y Ley Ltda., 2000; *Tratado de Derecho Penal*, Parte General, Tomo II, Bogotá, Doctrina y Ley, 2001.

GÓMEZ PAVAJEAU, CARLOS ARTURO: *Constitución, derechos fundamentales y dogmática penal*, Bogotá, Ibáñez, 2000; *Estudios de dogmática en el nuevo Código Penal*, Bogotá, Ibáñez, 2002; “Dogmática penal y teoría del injusto en el nuevo Código Penal” en *Colección de pensamiento jurídico*, número 1, Bogotá, Procuraduría General de la Nación, 2002, pp. 11-89; “Algunas consideraciones sobre el nuevo Código Penal”, en *Comentarios a los Códigos penal y de Procedimiento Penal*, Claudia López Díaz (comp.), Bogotá, Universidad Externado de Colombia, pp. 43-79.

GÓMEZ PAVAJEAU / BARBOSA CASTILLO: *Bien jurídico y derechos fundamentales. Sobre un concepto de bien jurídico para Colombia*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 1996.

GÓMEZ PRADA, AGUSTÍN: *Derecho Penal colombiano*, Parte General, Bucaramanga, Imprenta del Departamento de Santander, 1952.

GIMBERNAT ORDEIG, ENRIQUE: “¿Tiene un futuro la dogmática jurídico-penal?”, en *Estudios de Derecho penal*, 3ª edición, Madrid, Tecnos, 1990; “La causalidad en Derecho penal”, en *ADPCP*, t. XV, fasc. III, Septiembre-Diciembre 1962, pp. 543-544; “El sistema del Derecho penal en la actualidad”, en *Estudios de Derecho penal*, Madrid, 1976, p. 94.

GROSSO GARCÍA, MANUEL SALVADOR: “¿Originalidad o dependencia en el pensamiento jurídico-penal colombiano? A propósito de la obra de Alfonso Reyes Echandía, en *Dogmática y Criminología*, dos visiones complementarias del fenómeno delictivo, Bogotá, Legis, 2005, pp. 259-292; *El Concepto del delito en el Código Penal*, una propuesta de interpretación desde el sistema de la teoría del delito, Bogotá, Ibáñez, 2007.

GUTIÉRREZ GÓMEZ, JORGE: *Comentarios al Código Penal Colombiano*, Bogotá, 1940.

HUERTA TOCILDO, SUSANA: *Sobre el contenido de la antijuridicidad*, Madrid, Tecnos, 1984.

HURTADO POZO, JOSÉ: *La ley importada*, Lima, Cedys, 1979.

IBÁÑEZ GUZMÁN, AUGUSTO J.: *Apuntes de Derecho Penal*, Parte General, 2ª edición, Bogotá, Gustavo Ibáñez, 1998.

JAKOBS, GÜNTHER: *Derecho penal, parte general*, Madrid, Marcial Pons, 1995.

JESCHECK / WEIGEND: *Tratado de Derecho Penal*, Parte General, traducción Miguel Olmedo Cardenete, 5ª edición, Granada, Comares, 2002.

JIMÉNEZ DE ASÚA, LUIS: *Tratado de Derecho Penal*, t. III, 5ª edición, Buenos Aires, Losada, 1992.

LÓPEZ DÍAZ, CLAUDIA: *Introducción a la imputación objetiva*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 1997.

LÓPEZ MEDINA, DIEGO MANUEL: *Teoría impura del Derecho*, Bogotá, Legis, 2004.

LÓPEZ MORALES, JAIRO: *Nuevo Código Penal*, Tomo I, 2ª edición, Bogotá, Doctrina y ley Ltda., 2002.

LOZANO Y LOZANO, CARLOS: *Elementos de Derecho Penal*, Bogotá, Universidad Nacional de Colombia, 1950; *Elementos de Derecho Penal*, Bogotá, Lerner, 1961.

LUZÓN PEÑA, DIEGO MANUEL: *Curso de Derecho Penal*, Parte General, Madrid, Universitas, 1996.

MENDOZA, VÍCTOR LEÓN: *Derecho Penal General*, 4ª edición, Bogotá, Leyer, 2002.

MESA MORALES / GONZÁLEZ ZAPATA: “De las normas rectoras de la ley penal”, en *Temas de Derecho Penal colombiano*, 2ª época, núm. 13, Bogotá, 1981, pp. 5-20.

MIR PIUG, SANTIAGO: *El derecho penal en el Estado social y democrático de derecho*, 1ª edición, Barcelona, Ariel, 1994; *Introducción a las bases del derecho penal*, concepto y método, 2ª edición, Buenos Aires, B de F Ltda., 2003; *Derecho Penal*, Parte General, 8ª edición, Barcelona, Reppertor, 2010; *Derecho Penal*, Parte general, 9ª edición, Reppertor, Barcelona, 2011.

MOLINA ARRUBLA, CARLOS MARIO: *Principios rectores de la ley penal colombiana*, 2ª edición, Medellín, Diké, 1997.

MONTEALEGRE LYNETT, EDUARDO: “Estudio introductorio a la obra de Günther Jakobs”, en *El funcionalismo en Derecho penal*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2003.

MUÑOZ CONDE, FRANCISCO: *Introducción al derecho penal*, 2ª edición, Montevideo-Buenos Aires, B de F, 2001.

MUÑOZ, LUIS: *Comentarios al Código Penal de Colombia*, México, Offset Internacional, 1955.

PABÓN PARRA, PEDRO ALFONSO: *Comentarios al Nuevo Código Penal sustancial*, 4ª edición, Bogotá, Doctrina y Ley, 2005.

PÁEZ POLO, ESTEBAN: *Derecho Penal General*, 1ª edición, Barranquilla, Mejoras, 1977.

PELÁEZ VARGAS, GUSTAVO: *Manual de Derecho Penal General*, 1ª edición, Medellín, Bedout, 1981.

PÉREZ, LUIS CARLOS: *Derecho Penal colombiano*, Parte General, vol. IV, Bogotá, Temis, 1959; *Manual de Derecho Penal*, Partes General y Especial, Bogotá, Temis, 1962; *Tratado de Derecho Penal*, t. I, Bogotá, Temis, 1967; *Tratado de Derecho Penal*, t. II, Bogotá, Temis, 1967; *Derecho Penal*, Partes general y especial, Bogotá, Temis, 1984.

PÉREZ PINZÓN, ÁLVARO ORLANDO: *Introducción al Derecho Penal*, Bogotá, Forum Pacis, 1992.

PROYECTO DE CÓDIGO PENAL COLOMBIANO: Imprenta Nacional, Bogotá, 1978.

PROYECTO DE CÓDIGO PENAL COLOMBIANO: Fondo rotatorio del Ministerio de Justicia, Bogotá, 1976.

PROYECTO DE LEY POR LA CUAL SE EXPIDE EL CÓDIGO PENAL: Fiscalía General de la Nación, Imprenta Nacional de Colombia, 1998.

REYES ALVARADO, YESID: *Imputación objetiva*, 3ª edición, Bogotá, Temis, 2005; “La ubicación del dolo y la imprudencia en una concepción normativa de la teoría del delito”, en *Dogmática y Criminología*, dos visiones complementarias del fenómeno delictivo, Bogotá, Legis, 2005, pp. 515-540.

REYES ECHANDÍA, ALFONSO: *Derecho Penal colombiano*, Parte General, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 1964; *Derecho Penal*, Parte General, 2ª edición, Bogotá, Universidad Externado, 1972; *La tipicidad penal*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 1967; *La antijuridicidad penal*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 1974; *Derecho penal*, Parte General, 5ª edición, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 1977; *Derecho Penal*, Parte General, 7ª edición, Bogotá, Universidad Externado de Colombia; *La Culpabilidad*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 1982; *La imputabilidad*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 1984.; *Derecho Penal*, Parte General, 11ª edición, Bogotá, Temis, 1990.

RIVERA CORREA, RODRIGO: *Nociones elementales de Derecho Penal*, General y Especial, 1ª edición, Abogados Librería, 1996.

ROBLES PLANAS / SÁNCHEZ-OSTIZ GUTIÉRREZ, PABLO: “La aproximación al Derecho penal contemporáneo: veinte años después: los fines del derecho penal”, en *La crisis del Derecho penal contemporáneo*, ROBLES PLANAS / SÁNCHEZ-OSTIZ GUTIÉRREZ (coord.), Barcelona, Atelier, 2010.

ROMERO SOTO, LUIS ENRIQUE: *Derecho Penal*, Parte General, vol. I, Bogotá, Temis, 1969; *Derecho Penal*, Parte General, vol. II, Bogotá, Temis, 1969.

ROXIN, CLAUDIUS: *Derecho Penal*, Parte General, Tomo I, Fundamentos. La estructura de la teoría del delito, traducción de la 2ª edición alemana Diego Manuel Luzón Peña, Miguel Díaz y García Conlledo, Javier de Vicente Remesal, Madrid, Civitas, 1997.

ROZO ROZO, JULIO E.: *Comentarios de Derecho Penal General*, Bogotá, Universidad Santo Tomás, 1978; *Derecho Penal General*, Parte Primera, Bogotá, Universidad Sergio Arboleda, 1999.

RUIZ, SERVIO TULIO: *La estructura del delito en el Derecho Penal colombiano*, Bogotá, Temis, 1969; *Teoría del Hecho Punible*, comentarios al Nuevo Código Penal, 2ª edición, Bogotá, Librería del profesional, 1980; *La concepción del delito en el Código Penal*, Bogotá, Temis, 1983.

SALAZAR MARÍN, MARIO: *Teoría del delito con fundamento en la escuela dialéctica del derecho penal*, Bogotá, Ibáñez, 2007.

SALCEDO SALAZAR, JOSÉ EXCELINO: *Enseñanza y grandeza de la abogacía*, Bogotá, Adaz impresores, 1996.

SALGADO VÁSQUEZ, JULIO: “Normas rectoras de la ley penal colombiana”, en *Nuevo Foro Penal*, núm. 13, Bogotá, Temis, 1982, pp. 504-517.

SANDOVAL FERNÁNDEZ, JAIME: “Causales de ausencia de responsabilidad”, en *Dogmática y Criminología*, dos visiones complementarias del fenómeno delictivo, Bogotá, Legis, 2005, pp. 541-566.

SCHÜNEMANN, BERND: “Introducción al razonamiento sistemático en Derecho Penal”, en *El sistema moderno del derecho penal: cuestiones fundamentales*, Madrid, Tecnos, 1991.

SILVA SÁNCHEZ, JESÚS MARÍA: *Aproximación al Derecho penal contemporáneo*, Barcelona, Bosch, 1992.

SOTOMAYOR ACOSTA, JUAN OBERTO: “Crítica a la peligrosidad como fundamento y medida de la reacción penal frente al inimputable” en *Nuevo Foro Penal*, núm. 48, abril-junio, Bogotá, Temis, 1990, pp. 199-213; “Consideraciones sobre el fundamento de las medidas de seguridad en el Derecho penal colombiano” en *Nuevo Foro Penal*, número 33, julio-septiembre, Bogotá, Temis, 1986, pp. 297-322; *Inimputabilidad y Sistema Penal*, Bogotá, Temis, 1996; “Garantismo y Derecho penal en Colombia”, en *Jueces para la Democracia*, núm. 35, Madrid, 1999; “Garantismo y Derecho penal en Colombia”, en *Garantismo y Derecho penal*, Bogotá, Temis, 2006, pp. 104-121; “¿Derecho Penal garantista en retirada?” en *Revista Penal*, núm. 21, enero, 2008, pp. 148-164.

TERRADILLOS BASOCO, JUAN: “El Derecho penal de la globalización: luces y sombras”, en CAPELLA HERNÁNDEZ, J.R. (coord.), *Transformaciones del Derecho en la mundialización*, ed. CGPJ, Madrid, 1999, pp. 183 a 217.

TOCORA, FERNANDO: *Principios penales sustantivos*, Bogotá, Temis, 2002.

VARGAS V., PEDRO P.: *Derecho Penal General*, Objeciones jurídico-gramaticales al Código Penal colombiano, Bogotá, Foro de la Justicia, 1985.

VELÁSQUEZ V., FERNANDO: “El inciso final del art. 40 del C.P. se refiere tanto al error de tipo como al error de prohibición”, en *Nuevo Foro Penal*, núm. 19, mayo-junio, Bogotá, Temis, 1983, pp. 306-309; “El Derecho penal colombiano y la ley importada”, en *Nuevo Foro Penal*, núm. 38, octubre-diciembre, Bogotá, Temis, 1987, pp. 427-438. “Consideraciones sobre los principios rectores de la ley penal colombiana”, en *Nuevo Foro Penal*, núm. 21, Bogotá, Temis, 1987 pp. 609-635; *Los Códigos Penales Iberoamericanos*, Bogotá, Forum Pacis, 1994; “La teoría de la conducta punible en el nuevo Código Penal”, en *Nuevo Foro Penal*, número 63, Bogotá, 2000, pp. 15 y ss.; *Manual de Derecho Penal*, Parte General, 3ª edición, Medellín, Comlibros, 2007; *Derecho Penal*, Parte General, 4ª edición, Bogotá, Comlibros, 2009;

VON WEBER, HELLMUTH: *Lineamientos del Derecho penal alemán*, traducción de la 2ª edición alemana, Buenos Aires, Ediar, 2008.

YACAMÁN YIDI, MIGUEL: *Nueva estructura del delito y del error en el Código Penal colombiano*, Bogotá, Temis, 1986.

ZAFFARONI, EUGENIO RAÚL: “Para la estructuración del sistema del derecho penal”, en *Nuevo Foro Penal*, núm. 13, enero-marzo, Bogotá, Temis, 1982, pp. 567-589; “Política y dogmática jurídico penal”, en *Revista de Derecho Penal*, N° 13, Montevideo, Fundación de Cultura Universitaria, Diciembre, 2002; *Derecho Penal*, Parte General, 2ª edición, Buenos Aires, Ediar, 2002.

ZAFFARONI EUGENIO RAÚL Y DE RIVACOBIA Y RIVACOBIA, MANUEL: *Siglo y medio de Codificación penal en Iberoamérica*, Valparaíso, 1980.

WELZEL, HANS: *El nuevo sistema del Derecho penal. Una introducción a la doctrina de la acción finalista*, segunda reimpresión, trad. José Cerezo Mir, Montevideo-Buenos Aires, B de F, 2004.